ISSN: 0870-8118

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Actualidade

Andreia Cruz: *"A REVISÃO DE 2013 AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO DOMÍNIO DAS DECLARAÇÕES ANTERIORES AO JULGAMENTO"* Pág. 1139

Doutrina

Diogo Leite de Campos: *"POLÍTICA COM ÉTICA: OS DIREITOS DAS PESSOAS COMO JUSTIFICAÇÃO"* Pág. 1225

João Espírito Santo: *"A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO POR DENÚNCIA JUSTIFICADA"* Pág. 1241

Agostinho Pereira de Miranda: *"DEVER DE REVELAÇÃO E DIREITO DE RECUSA DE ÁRBITRO — CONSIDERAÇÕES A PROPÓSITO DOS ARTIGOS 13.º E 14.º DA LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA"* Pág. 1265

Rui Cardona Ferreira: *"A PERDA DE CHANCE REVISITADA (A PROPÓSITO DA RESPONSABILIDADE DO MANDATÁRIO FORENSE)"* Pág. 1301

Nuno Sousa e Silva: *"UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO DE AUTOR EUROPEU"* Pág. 1331

Ricardo Serra Correia: *"OS DIREITOS ESPECIAIS À LUZ DO CSC E DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA — ALGUMAS REFLEXÕES"* Pág. 1389

Pedro Petrucci de Freitas: *"DA ACÇÃO DE RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE TRABALHO: BREVES COMENTÁRIOS"* Pág. 1423

Ano 73 **Lisboa** **Out. / Dez. 2013**

Jurisprudência Crítica

João Sérgio Teles de Menezes Correia Leitão: *"ANOTAÇÃO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 5 DE MARÇO DE 2013, PROCESSO N.º 10512/03.9TBOER.L1.S1" (Relator: Abrantes Geraldes)* Pág. 1445

Jurisprudência dos Conselhos

- Parecer do Conselho Geral n.º 41/PP/2012-G Pág. 1493
- Parecer e Acórdão do Conselho Superior — Processo n.º 3/2013-CS/RP Pág. 1499

Preço €16

ISSN: 0870-8118

REVISTA
da Ordem dos Advogados

Actualidade

Andreia Cruz: *"A REVISÃO DE 2013 AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO DOMÍNIO DAS DECLARAÇÕES ANTERIORES AO JULGAMENTO"* Pág. 1139

Doutrina

Diogo Leite de Campos: *"POLÍTICA COM ÉTICA: OS DIREITOS DAS PESSOAS COMO JUSTIFICAÇÃO"* Pág. 1225

João Espírito Santo: *"A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO POR DENÚNCIA JUSTIFICADA"* Pág. 1241

Agostinho Pereira de Miranda: *"DEVER DE REVELAÇÃO E DIREITO DE RECUSA DE ÁRBITRO — CONSIDERAÇÕES A PROPÓSITO DOS ARTIGOS 13.º E 14.º DA LEI DA ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA"* Pág. 1265

Rui Cardona Ferreira: *"A PERDA DE CHANCE REVISITADA (A PROPÓSITO DA RESPONSABILIDADE DO MANDATÁRIO FORENSE)"* Pág. 1301

Nuno Sousa e Silva: *"UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO DE AUTOR EUROPEU"* Pág. 1331

Ricardo Serra Correia: *"OS DIREITOS ESPECIAIS À LUZ DO CSC E DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA — ALGUMAS REFLEXÕES"* Pág. 1389

Pedro Petrucci de Freitas: *"DA ACÇÃO DE RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE TRABALHO: BREVES COMENTÁRIOS"* Pág. 1423

Ano 73 **Lisboa** **Out. / Dez. 2013**

A REVISÃO DE 2013 AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO DOMÍNIO DAS DECLARAÇÕES ANTERIORES AO JULGAMENTO

Pela D.ra Andreia Cruz

Sumário:

Introdução. **Capítulo I.** Declarações anteriores ao julgamento no quadro da estrutura acusatória do processo penal português. **1.** A regra geral de intransmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento e a estrutura acusatória do processo penal português. **2.** A evolução do modelo processual penal português. *2.1.* O Código de 1929; *2.2.* O pós 25 de Abril; *2.3.* O Código de 1987; 2.3.1. As revisões do Código de 1987. **Capítulo II.** Enquadramento normativo do regime das declarações anteriores ao julgamento — o regime anterior à Lei n.º 20/2013. **1.** Leitura permitida de autos e declarações — art. 356.º; *1.1.* Leitura de declarações que visam suprir a ausência da pessoa declarante; *1.2.* Leitura de declarações de pessoas declarantes presentes na audiência de julgamento; 1.2.1. O direito ao silêncio na esfera de relações pessoais — A prerrogativa de silêncio familiar; *1.3.* Prestação de depoimento por órgãos de polícia criminal; 1.3.1. O problema das "conversas informais" entre o arguido e os órgãos de polícia criminal; **2.** Depoimento indirecto; **3.** Leitura de declarações prestadas pelo arguido — art. 357.º; **4.** Declarações do co--arguido; **5.** Excepção à regra de intransmissibilidade probatória — autos processuais e declarações de peritos com valor para o efeito de formação da convicção do tribunal. **Capítulo III.** Declarações anteriores ao julgamento, CEDH e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **1.** Declarações anteriores ao julgamento no quadro da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; *1.1.* Declarações anteriores ao jul-

gamento e jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Capítulo IV.** A revisão de 2013 ao Código de Processo Penal. **1.** A Proposta de Lei n.º 77/XII e a Lei n.º 20/2013; *1.1.* Obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais; *1.2.* Declarações processuais de testemunhas anteriores ao julgamento; *1.3.* Declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento. **2.** Apreciação global. **Conclusão.**

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 20/2013 procedeu à modificação do regime das declarações anteriores ao julgamento, regulado nos arts. 356.º e 357.º do Código de Processo Penal sem, contudo, redefinir ou reestruturar a estrutura acusatória em que assenta o processo penal português. É em matéria de declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento que a revisão de 2013 traz a debate, com maior premência, o sentido, a validade e o alcance das modificações introduzidas pelo novo regime. Alteração profunda introduzida pela Lei n.º 20/2013, a nova redacção do art. 357.º do Código de Processo Penal confere uma nova feição ao regime das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento, invertendo a lógica da regra geral da intransmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento. Nas próximas páginas proceder-se-á a uma análise do regime dos arts. 356.º e 357.º do CPP na redacção anterior à Lei n.º 20/2013, através de um enquadramento do regime na estrutura acusatória do processo penal e à análise do novo regime das declarações anteriores ao julgamento, tema particularmente controverso que demarca o sentido da Revisão de 2013 ao CPP nesta matéria.

CAPÍTULO I

Declarações anteriores ao julgamento no quadro da estrutura acusatória do processo penal português

1. A regra geral de intransmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento e a estrutura acusatória do Processo Penal Português

Prevê o art. 355.º do CPP que não valem em julgamento quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência([1]). O art. 355.º impede ainda que a formação da convicção do tribunal se baseie em provas que não tenham sido produzidas ou examinadas em audiência: "não valem em julgamento,

---

([1]) Apesar da imposição expressa do preceito a jurisprudência quase unânime, designadamente do STJ, entende que os documentos constantes dos autos não precisam de ser examinados em audiência de julgamento. Neste sentido, pode ver-se o acórdão do STJ de 23.02.2005, *CJ*, *Acs-STJ*, ano XIII, tomo 1, p. 210, 2005. Saliente-se que o Tribunal Constitucional teve já ocasião de se pronunciar acerca da matéria no acórdão n.º 87/99 (Proc. n.º 444/98; Relator: Conselheiro Vítor Nunes) tendo-se debruçado sobre a questão de saber se violava o princípio da publicidade da audiência e as garantias de defesa do arguido a interpretação das normas dos arts. 355.º, 127.º e 165.º do CPP no sentido de não tornarem obrigatória a leitura e explicação dos autos em audiência. O TC concluiu que o conteúdo essencial do princípio do contraditório está em que nenhuma prova deve ser aceite em audiência nem nenhuma decisão deve aí ser tomada pelo juiz sem que previamente tenha sido dada uma ampla e efectiva possibilidade ao sujeito processual contra o qual ela é dirigida de a discutir, contestar e valorar e, no caso concreto, o tribunal considerou que o arguido teve oportunidade de contestar todos os factos constantes dos documentos em questão, de modo que a leitura em audiência dos documentos em nada acrescentaria às oportunidades de defesa do arguido. No mesmo sentido desta jurisprudência encontra-se, na doutrina, Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed. actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, p. 890, mas, em sentido discordante, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. III, Lisboa, Verbo, 2008, p. 252, critica esta orientação jurisprudencial considerando a não leitura dos autos em audiência uma frustração do princípio da publicidade da audiência, dificilmente conciliável com o princípio constitucional da publicidade (art. 206.º da CRP) (pelo menos na sua vertente externa, que permite aos cidadãos fiscalizar a actividade dos tribunais) e afirma mesmo constituir uma interpretação contrária à lei que não admite que o juízo do tribunal possa ser formulado na base de provas que não tenham sido examinadas em *audiência.*

nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal...", pelo que a proibição de fundamentação da sentença com base em provas que não foram produzidas ou examinadas em audiência constitui uma proibição de prova([2]). Complementarmente, o art. 362.º, n.º 1, alínea *d*) impõe a indicação em acta de todas as provas produzidas ou examinadas em audiência.

O Código de Processo Penal consagra, no art. 355.º, que a audiência constitui o momento natural, electivo e decisivo na produção da prova([3]) que terá de ser realizada segundo os princípios da imediação, da oralidade e da contraditoriedade, vigorando uma ideia de que a admissão da prova recolhida de modo inquisitório, ainda que submetida em fase posterior a apreciação contraditória, provoca um "desequilíbrio entre a acusação e a defesa em prejuízo da defesa", como refere Germano Marques da Silva([4]). O Código de Processo Penal garante, assim, o imperativo constitucional de garantia objectiva do contraditório, decorrência da estrutura acusatória do processo penal português, tal como prevê o art. 32.º, n.º 5 da CRP que preceitua que a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar estão subordinados ao princípio do contraditório. O princípio do contraditório molda a estruturação da audiência de julgamento e dos actos instrutórios que a lei determinar em termos de um debate entre a acusação e a defesa em que, perante um juiz imparcial, cada uma das partes dispõe da oportunidade de oferecer as suas provas, controlar e influenciar os resultados das provas oferecidas pela contraparte. O princípio implica

---

([2]) Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 892 e na jurisprudência, os acórdãos do STJ de 5-06-1991 e de 13-12-2000, bem como do TRP de 4-07-2001.

([3]) Note-se que para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 891, o art. 355.º não abrange os meios de obtenção de prova. Por isso, os autos de exames, revistas, buscas, apreensões e escutas telefónicas podem ser invocados na fundamentação da sentença mesmo que não tenham sido examinados na audiência, em virtude de a defesa, conhecendo o inquérito, dispor da possibilidade de contrariar a admissão e o valor probatório da prova sempre que quiser e a leitura em audiência de documentos, na opinião do autor, em nada acrescentaria às oportunidades de defesa do arguido. Na jurisprudência pode ver-se a defesa desta orientação, quanto às escutas telefónicas, nos acórdãos do STJ de 29-11-2006 e do TRL de 12-01-2000.

([4]) GERMANO MARQUES DA SILVA, "Produção e valoração da prova em processo penal", *Revista CEJ*, n.º 4, 1.º semestre, 2006, p. 42.

também que as provas têm de ser produzidas ou examinadas em audiência e não podem servir para fundamentar a condenação se não forem discutidas em audiência, mesmo que constem dos autos. O princípio do contraditório não implica somente um mero exercício do contraditório em audiência das provas produzidas, isto é, o direito de formular juízos sobre as provas (contraditório sobre a prova), antes oferece às partes a possibilidade de apresentarem autonomamente meios de prova sobre os factos (contraditório para a prova).

A consagração do princípio do contraditório tem como consequência a parificação do posicionamento da acusação e da defesa no processo, em termos de igualdade de meios de intervenção processual, ou seja, implica a consagração de um modelo em que se reconhece a igualdade de armas([5]).

O princípio da imediação, por sua vez, postula que a decisão jurisdicional apenas pode ser proferida por um juiz que tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa. Noutra vertente, o princípio significa também que na apreciação das provas deve ser dada preferência aos meios de prova que se encontrem em relação mais directa com os factos probandos, como por exemplo, dar preferência ao depoimento de testemunhas presenciais relativamente às testemunhas de ouvir-dizer. Apesar de não se encontrar expressamente previsto no Código, o princípio da imediação pode extrair-se dos arts. 128.º n.º 1, 129.º, 130.º, 140.º, n.º 2, 145.º, n.º 3, 302.º, n.º 3 e, sobretudo, do art. 355.º([6]). Directamente relacionado com o princípio da imediação encontra-se o princípio da oralidade que postula que só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência podem servir para fundamentar

---

([5]) Damião da Cunha, "O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP) ", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 7, Fasc. 3.º, (Jul.-Set.), 1997, p. 406, afirma que os princípios da imediação, da oralidade e da contraditoriedade (em particular este último) co-envolvem a ideia de igualdade dos sujeitos processuais na audiência de julgamento. O autor justifica a sua afirmação com o argumento de que não poderá existir verdadeiro contraditório quando não se verifique a mesma possibilidade de o exercer.

([6]) Veja-se a afirmação de Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 890, de que o art. 355.º constitui a sede do princípio da imediação.

a decisão. O princípio da oralidade traduz-se na possibilidade de o público poder acompanhar a prática de actos processuais e favorece a descoberta da verdade material.

Como se depreende da análise do art. 355.º e dos princípios em que o preceito se fundamenta, o regime de intransmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento é conformado pela estrutura acusatória em que assenta o processo penal português. É esta estrutura que está na base das opções do legislador processual penal nesta matéria. O processo penal português não corresponde a um modelo acusatório puro, antes consiste num modelo misto. É a Constituição da República Portuguesa, no art. 32.º n.º 5, que impõe a estrutura acusatória do processo penal português e que determina, por conseguinte, a separação da entidade que acusa da entidade que julga, para garantia da imparcialidade do julgador.

É possível interligar o aparecimento do modelo misto com o surgimento do processo reformado ou napoleónico, com o *Code d`Instruction Criminelle* francês de 1808 e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1811, tendo vigorado durante 150 anos, ano em que deu lugar ao *Code de Procédure Pénale*([7]). A estrutura do modelo misto era acusatória mas o processo estava dividido em duas fases — a intrução e o julgamento. A fase de instrução era dirigida por um magistrado especializado *(juge d`instruction)*, enquanto a titularidade da acção penal incumbia a um oficial do poder executivo *(procureur de la république)*. De feição inquisitória, a instrução era escrita, secreta e não contraditória([8]). A fase de julgamento organizava-se de acordo com o modelo acusatório([9]).

As excepções à norma do art. 355.º revelam-se em situações específicas delimitadas nos arts. 356.º e 357.º e constituem uma

---

([7]) Sobre este ponto veja-se PAULO SOUSA MENDES, "A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento", AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1365-1389, pp. 1366 e ss.

([8]) *Ibidem*.

([9]) Na Alemanha, em Itália, na França, em Espanha e no Brasil vigoram actualmente sistemas de tipo misto. Nos EUA e no Reino Unido vigora um modelo acusatório adversarial.

derrogação à regra geral de intransmissibilidade probatória das declarações processuais([10]). No próximo capítulo será analisado o regime de excepção previsto nos arts. 356.º e 357.º do CPP, não sem antes se proceder a um enquadramento da evolução do modelo processual penal português.

2. A evolução do modelo processual penal português

2.1. O Código de 1929

No Código de 1929, a instrução competia a um juiz e ao Ministério Público ficava reservada a função de promover diligências concretas de instrução. Sobre o Código de 1929, dividem-se os que lhe identificam um desígnio meramente agregador de leis dispersas e aqueles que consideram que constitui o resultado de uma reforma de cunho político([11]).

O DL n.º 35.007, preparado por Cavaleiro de Ferreira([12]), adoptou, em virtude da atribuição da fase de instrução ao Ministério Público, o princípio acusatório([13]). Após a fase de instrução preparatória da competência do MP, seguia-se uma fase de instrução contraditória da competência de um juiz e que era obrigatória nos processos de querela.

Sustenta Paulo Sousa Mendes([14]) que não é correcta a atribuição ao DL n.º 35.007 de uma "marca indelevelmente fascista", da ditatura sob a qual foi produzido, na medida em que, salienta o autor, não deve ser confundido o sistema processual penal portu-

---

([10]) Sobre o regime português de declarações anteriores ao julgamento, analisado a partir do confronto com o sistema norte-americano veja-se PAULO DÁ MESQUITA, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

([11]) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 91.

([12]) À época Ministro da Justiça entre 1944 e 1954.

([13]) Previa o art. 14.º do diploma: "a direcção da instrução preparatória cabe ao Ministério Público, a quem será prestado pelas autoridades e agentes policiais todo o auxílio que para esse fim necessitar".

([14]) PAULO SOUSA MENDES, *ob. cit.*, p. 1369.

guês da época que era já constituído por um conjunto de garantias e princípios fundamentais com o regime de excepção aplicado nos tribunais plenários criminais de Lisboa e Porto, criados durante o mandato de Cavaleiro de Ferreira([15]), onde eram julgados os dissidentes políticos por crimes contra a segurança do Estado.

No que diz respeito ao regime das declarações prestadas anteriormente à fase de julgamento no CPP de 1929, a matéria encontrava-se regulada nos arts. 438.º e 439.º. O art. 438.º regulava a leitura do depoimento prestado na fase de instrução por testemunhas que compareciam no julgamento e estipulava: "Não serão lidos às testemunhas os seus depoimentos escritos na instrução, salvo depois de elas haverem deposto, a fim de esclarecerem ou completarem os depoimentos prestados na audiência de julgamento."

O art. 439.º regulava a matéria das declarações anteriores ao julgamento quanto a testemunhas que não comparecessem em audiência de julgamento e autorizava a leitura de depoimentos anteriormente prestados se estivessem redigidos nos autos e sempre que o autor daqueles depoimentos ou o tribunal o requeresse. Vigorava, assim, um sistema de transmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento quanto aos depoimentos de testemunhas que não comparecessem na audiência de julgamento. Aliás, na vigência do CPP de 1929, era entendimento corrente na doutrina que as testemunhas não detinham o direito de impedir a valoração probatória das declarações anteriormente prestadas: "a testemunha pode exonerar-se do encargo de depor, mas não tem o direito de se não atender ao que disse, não tem o direito de anular o seu depoimento"([16]).

O art. 439.º do diploma de 29 viria a ser declarado inconstitucional com força obrigatória geral pela Resolução n.º 146-A/81 do

---

([15]) Salienta o autor que não deve, inclusive, pensar-se que a reforma legislativa teve inspiração autoritária pelo facto de Cavaleiro de Ferreira ter mantido contactos com juristas alemães filiados no nacional-socialismo e ter viajado até à Alemanha no período da II Guerra Mundial, a convite das autoridades nazis, para participar num conclave de juristas germanófilos.

([16]) LUÍS OSÓRIO, *Comentário ao Código de Processo Penal Português*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, p. 169.

Conselho da Revolução([17]), por violação do art. 32.º, n.º 1 da CRP, na medida em que permita a reprodução de declarações anteriores de testemunhas que não compareciam em audiência e às quais o arguido não tinha tido previamente a possibilidade de interrogar ou de fazer interrogar, seguindo o parecer da Comissão Constitucional n.º 18/81. O parecer de 1981, relatado por Figueiredo Dias, não deixou de ater-se a referências à Convençao Europeia dos Direitos do Homem, designadamente a alínea *d*) do n.º 3 do art. 6.º. Como nota Paulo Dá Mesquita([18]), no texto do parecer é adoptada uma visão moderada do imperativo constitucional do contraditório no julgamento criminal, complementada com uma perspectiva do princípio da imediação que impõe que o juiz tome um contacto imediato com os elementos de prova. Adianta ainda o autor que as conclusões do parecer não se fundam numa visão exigente do princípio do contraditório, embora tivesse sustentado o juízo de inconstitucionalidade no art. 32.º, n.º 1 da CRP([19]). Com efeito, o parecer sustentou a recusa da inconstitucionalidade por violação do princípio do contraditório com base na ideia de que o princípio não exige a inquirição cruzada e com fundamento numa ideia de que a aplicação de tal princípio seria inconveniente no plano dos efeitos práticos, já que em certos casos excepcionais e atendendo ao interesse público pode justificar-se a leitura das declarações anteriores, por exemplo, tomados em *articulo mortis*, em caso de falecimento da testemunha ou em estado de incapacidade irreversível.

2.2. O pós-25 de Abril

A instauração do sistema democrático não poderia deixar de repercutir os seus efeitos no processo penal português.

([17]) A declaração de inconstitucionalidade foi requerida pelo Provedor de Justiça com fundamento na colisão do regime de transmissibilidade das declarações anteriores das testemunhas que não podiam comparecer em audiência de julgamento com o princípio do contraditório.

([18]) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 479.

([19]) *Ibidem*.

Através do DL n.º 605/75, de 3 de Novembro foi criado o inquérito policial para crimes puníveis com pena correcional, a não ser que o arguido tivesse sido preso, caso em que deveria existir instrução preparatória da competência do Ministério Público e das autoridades policiais.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 estabeleceu no seu art. 32.º, n.º 4, que toda a instrução é da competência de um juiz. Em virtude da consagração da norma, o DL n.º 605/75 foi modificado, tendo o anterior inquérito policial sido substituído pelo inquérito preliminar, criado pelo DL n.º 377/77 de 6 de Setembro. Como nota Paulo Sousa Mendes([20]), a alteração criada por este último DL pretendeu assimilar o impacto do art. 32.º, n.º 4 da CRP, transformando o inquérito policial numa mera diligência pré-processual.

2.3. O Código de 1987

O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87([21]) tratou da constitucionalidade do diploma de 87 em fiscalização preventiva e abstracta, a requerimento do Presidente da República. Entre outras questões([22]), o Código de Processo Penal de 1987 conduziu à questão de saber se a atribuição da fase de inquérito, na forma de processo, comum ao MP ofenderia o art. 32.º, n.º 4 da CRP. O Tribunal Constitucional concluiu que a atribuição da direcção do inquérito ao MP não é inconstitucional atendendo a que o art. 224.º da CRP (actual art. 219.º, n.º 1) prevê que ao MP cabe exercer a acção penal, o que significa que a ele incumbe dirigir a investigação. Por

---

([20]) Paulo Sousa Mendes, *ob. cit.*, p. 1371.

([21]) Acórdão do TC (Plenário) de 9 de Janeiro de 1987, proc. n.º 302/86, Relator: Conselheiro Mário de Brito.

([22]) Nomeadamente, a questão da constitucionalidade do carácter facultativo da instrução (art. 286.º, n.º 2, do CPP) e a competência dos OPC para realizar diligências e investigações durante o inquérito (art. 270.º, n.º 1, do CPP). O TC considerou que não é inconstitucional a possibilidade de o MP delegar actos de inquérito nos OPC, em virtude de se tratar de uma delegação de competências e não de uma subtracção da direcção do inquérito ao MP.

outro lado, o TC teve em linha de conta que a direcção do inquérito compete ao MP, mas os actos que contendem com os direitos, liberdades e garantias são da competência exclusiva do juiz de instrução, ainda na fase de inquérito. O Tribunal atendeu também a que o arguido pode requerer a abertura da instrução, o que garante o controlo jurisdicional da decisão de acusação do MP.

Relativamente ao regime das declarações prestadas em fase anterior à audiência de julgamento, no Código de 87 a matéria encontrava-se regulada nos arts. 356.º e 357.º, em moldes similares ao regime previsto na Revisão de 2007. Na versão inicial do diploma de 87, as únicas diferenças do art. 356.º relativamente ao regime de 2007 encontravam-se na alínea *c*) do n.º 2 da norma, já que aquela norma apenas previa a leitura em audiência de declarações obtidas mediante precatórias legalmente permitidas, ao passo que na Revisão de 2007 a alínea *c*) prevê também as rogatórias. Outra diferença relativamente ao regime de 2007 encontra-se na alínea *b*) do n.º 3 do art. 356.º que na versão inicial do CPP de 87 estipulava que as declarações anteriores prestadas perante juiz poderiam ser lidas em audiência quando existissem entre aquelas declarações e as prestadas em audiência contradições ou discrepâncias sensíveis que não pudessem ser esclarecidas de outro modo. Como se constata, o requisito "sensível" foi suprimido pela Revisão de 2007, bem como o requisito que impunha que as contradições ou discrepâncias entre as declarações anteriores e as declarações prestadas em audiência não pudessem ser esclarecidas por outra forma. Também o n.º 8 do art. 356.º foi modificado, tendo sido estipulado na Revisão de 2007 que a "…visualização ou a audição de gravações de actos processuais só é permitida quando o for a leitura do respectivo auto nos termos dos números seguintes." Na versão inicial do CPP inexistia o n.º 9 do art. 356.º, que foi acrescentado pela Revisão de 2007.

No que concerne ao art. 357.º, a diferença que é possível encontrar no regime inicial do CPP relativamente ao regime de 2007 encontra-se na alínea *b*) do n.º 1 do art. 357.º que previa, na versão inicial, a permissão de leitura de declarações anteriormente prestadas quando, tendo sido prestadas perante o juiz, houvesse contradições ou discrepâncias sensíveis verificadas entre aquelas declara-

ções e as prestadas em audiências que não pudessem ser esclarecidas de outro modo. Neste ponto, verifica-se uma alteração de regime à semelhança do ocorrido na alínea *b*) do n.º 3 do art. 356.º, com a supressão dos dois requisitos existentes na versão inicial do Código — que as contradições ou discrepâncias fossem "sensíveis" e não pudessem ser esclarecidas de outro modo.

Em consonância com as alterações do art. 356.º, nos n.os 8 e 9, o art. 357.º, n.º 2 foi alterado pela Revisão de 2007, passando a dispor que é "…correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 7 a 9 do artigo anterior".

De referir, por último, que o art. 355.º sofreu uma alteração pela Revisão de 2007 no seu n.º 2 que, em concordância com a nova redacção do n.º 8 do art. 356.º, ressalvou "…as provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas nos termos dos números seguintes".

2.3.1. As revisões do Código de 1987

O Código de Processo Penal de 1987 conta já com um número considerável de revisões e alterações que, contudo, não tiveram o alcance de conferir ao diploma uma nova configuração([23]). Uma das maiores revisões do CPP ocorreu em 2007, como já se anteveu do cotejo entre a versão inicial do CPP e o regime introduzido pela Lei n.º 48/2007 no que toca à matéria das declarações anteriores ao julgamento. Mas a Revisão de 2007 foi muito mais além do que as alterações ao regime destas declarações. Na verdade, a lei n.º 48/ /2007([24]), que procedeu à décima quinta alteração ao CPP, acabaria por ter um profundo impacto na prática da investigação criminal e originou intensa crítica([25]). A Reforma teve por base a Proposta de

---

([23]) Paulo Sousa Mendes, *ob. cit.*, p. 1373.

([24]) Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 105/2007 de 9 de Novembro.

([25]) Sobre a Revisão de 2007 veja-se Manuel da Costa Andrade, *"Bruscamente no Verão Passado", a reforma do Código de Processo Penal — Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009; Figueiredo Dias, "Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal português",

Lei n.º 109/X apresentada pelo Governo à Assembleia da República a 20 de Dezembro de 2006 e foi concebida a partir do trabalho desenvolvido pela Unidade de Missão para a Reforma Penal([26]), criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 138/2005, de 17 de Agosto e que procurou compatibilizar o CPP com a jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O trabalho da UMRP foi complementado com reuniões regulares de um Conselho Consultivo, integrado por representantes dos vários sectores da Justiça e docentes universitários.

Os Grupos Parlamentares do PSD, CDS-PP, BE e PCP apresentaram projectos de lei com vista a alterar o Código. A proposta de lei foi aprovada na generalidade a 15 de Março de 2007, com os votos favoráveis do PS e do PSD e a abstenção do CDS-PP, BE, PCP e PEV. A proposta de lei sofreu alterações na especialidade e o novo regime do CPP foi aprovado através da Lei n.º 48/2007. O CPP entraria em vigor em 15 de Setembro de 2007.

As implicações da Revisão de 2007 foram monitorizadas pelo Observatório Permanente da Justiça([27]) ao longo de dois anos que identificou as modificações necessárias à Revisão de 2007 e que

---

Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18, n.º 2/3, (Abr.-Set.), 2008, pp. 367-385; Paulo Sousa Mendes, "A revisão do Código de Processo Penal", *A Reforma do sistema penal de 2007 — Garantias e eficácia*, (coord. Conceição Gomes, José Mouraz Lopes), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 17-22; Rui Pereira, "Entre o 'garantismo' e o 'securitarismo' — A Revisão de 2007 do Código de Processo Penal", AA.VV., *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português* (org. Mário Ferreira Monte, Maria Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro e Flávia Noversa Monteiro), Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 247-268; António Henriques Gaspar, "Processo Penal: reforma ou revisão; as rupturas silenciosas e os fundamentos (aparentes) da descontinuidade", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.os 2 e 3, (Abr.-Set.), 2008; Rodrigo Santiago, "Reflexões sobre a 15.ª alteração ao Código de Processo Penal: o arguido e o defensor", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.º 2/3, (Abr.-Set.), 2008, pp. 317-332; Paulo Dá Mesquita, "Algumas notas sobre garantia judiciária, investigação, o que o arguido disse e a prova do crime na Reforma de 2007 do Código de Processo Penal", *A Reforma do Sistema Penal de 2007 — Garantias e eficácia*, (coord. Conceição Gomes, José Mouraz Lopes), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 35-50.

([26]) Vejam-se, da UMRP, as *Actas da Unidade de Missão para a Reforma Penal*.

([27]) O OPJ produziu relatórios intercalares e um relatório final: *A Justiça Penal, uma reforma em avaliação*, 2009, disponível em <http://opj.ces.uc.pt>.

viriam a consubstanciar-se através da Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto.

O Código de Processo Penal viria a ser alvo de uma nova reforma, através da recente Lei n.º 20/2013 de 21 de Fevereiro, que procede à vigésima alteração ao CPP de 87. Pelas implicações que a alteração provoca no domínio do regime das declarações anteriores ao julgamento dedicaremos um capítulo([28]) para a análise da Reforma. Antes disso, iremos apresentar uma análise do regime anterior a esta revisão, posteriormente confrontado com as alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2013.

CAPÍTULO II

Enquadramento normativo do regime das declarações anteriores ao julgamento — o regime anterior à Lei n.º 20/2013

1. Leitura permitida de autos e declarações — art. 356.º

1.1. Leitura de declarações que visam suprir a ausência da pessoa declarante

A primeira excepção à regra de intransmissibilidade probatória das declarações processuais encontra-se prevista no art. 356.º, n.os 1, 2 e 4 que podem ser sintetizados como normas que visam suprir a ausência da pessoa declarante. Assim, o 356.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 2, alínea *a*), prevêem a permissão de leitura das declarações processuais enformados segundo um princípio de aquisição antecipada da prova([29]). Nos termos do n.º 1, alínea *a*), do art. 356.º,

---

([28]) *Infra*, Capítulo IV.

([29]) Mencione-se que a enumeração dos n.os 1 e 2 do art. 356.º é taxativa, atendendo ao vocábulo "só".

é permitida a leitura das declarações recolhidas nos termos dos arts. 318.º, 319.º e 320.º, ou seja, as declarações recolhidas por meio adequado de comunicação do assistente, testemunhas, partes civis, peritos ou consultores técnicos residentes fora do círculo judicial e cuja deslocação para a presença na audiência de julgamento implique graves dificuldades ou inconvenientes, com a única ressalva de que a presença na audiência não seja indispensável à descoberta da verdade (art. 318.º). O art. 319.º prevê a recolha de declarações no domicílio para os casos de impossibilidade de comparecer na audiência de julgamento por fundadas razões, em moldes similares ao regime previsto no art. 318.º. O art. 320.º, por sua vez, prevê o regime de realização dos actos urgentes ou cuja demora possa acarretar perigo para a aquisição ou conservação da prova, designadamente nos casos previstos nos arts. 271.º e 294.º que regulam as declarações para memória futura no inquérito e na instrução, respectivamente. De igual forma, o art. 356.º, n.º 2, admite a leitura de declarações prestadas nos termos dos arts. 271.º e 294.º. Como se pode depreender da análise dos preceitos relativos à tomada de declarações para memória futura, o recurso a esta forma de produção antecipada de prova funda-se num juízo de prognose quanto à impossibilidade de o declarante comparecer na audiência de julgamento ou de se se encontrar impossibilitado de comparecer em audiência por motivo de doença grave, para além dos casos de recolha de declarações das vítimas de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual. Refira-se, ainda, que a leitura das declarações recolhidas nos termos dos arts. 271.º e 294.º só é permitida se aquelas declarações tiverem sido prestadas perante um juiz e a produção de prova é realizada com respeito pelo princípio do contraditório, já que nos termos dos arts. 271.º, n.º 3, e 294.º, todos os sujeitos processuais são informados da data e local da prestação de depoimento para que possam estar presentes e intervir, assim se garantindo um exercício efectivo do contraditório.

O n.º 4 do art. 356.º permite, por sua vez, a leitura de declarações prestadas perante o juiz ou o Ministério Público dos declarantes que não possam comparecer na audiência de julgamento por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade

duradoura([30]), em congruência com um princípio de conservação da prova([31]).

Salienta Damião da Cunha([32]) que as declarações prestadas nos termos deste preceito perante o Ministério Público representam uma quebra de paridade face ao arguido, já que aquele intervém na audiência de julgamento como "parte" e não como autoridade judiciária, pelo que o Ministério Público, no exercício dos seus poderes pode introduzir, em audiência, as declarações prestadas só perante ele, para além de que o arguido só pode contraditar o conteúdo destas declarações e não a pessoa que as prestou ou as circunstâncias em que a declaração foi prestada. Tal não sucede quando as declarações tenham sido prestadas perante um juiz, situação em que tanto o arguido como o Ministério Público dispõem de um poder idêntico de provocar um contraditório sobre a produção da prova em audiência de julgamento([33]).

No entanto, Damião da Cunha considera a leitura das declarações prestadas pelo Ministério Público admissíveis atendendo a que foram prestadas perante uma autoridade judiciária e, portanto, segundo uma forma solene e cautelosa([34]). De qualquer forma, o

---

([30]) De acordo com a jurisprudência do acórdão do STJ de 23-03-2000, *CJ*, *Acs-STJ*, VIII, tomo 1, 230, a impossibilidade duradoura inclui a ausência em parte incerta, mas também a ausência, por exemplo, devido a doença prolongada.

([31]) Importa destacar que Damião da Cunha, *ob. cit*., pp. 411 e 412, salienta que a permissão de leitura destas declarações se apresenta algo problemática, uma vez que nos casos previstos nos arts. 318, 319.º e 320.º as declarações são tomadas em observância de formalismos destinados a garantir o contraditório na produção da prova, garantias que não se verificam no caso do art. 356.º, n.º 4, o que leva o autor a afirmar que neste caso estamos perante um mero *contraditório sobre a prova*, reafirmando como decisiva a necessidade de se concretizar um contraditório pela prova, em concordância com um processo de estrutura acusatória.

([32]) *Idem*, pp. 412 e 413.

([33]) Em sentido divergente, segundo PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit*., p. 604 o problema da admissibilidade da leitura destas declarações permanece mesmo quando tenham sido prestadas perante o juiz, principalmente se o Ministério Público ou a defesa não tiveram oportunidade de estar presentes na recolha das declarações. O autor lembra que apesar do art. 289.º, n.º 2, preceituar que o MP, o arguido, o defensor e o seu advogado podem participar nas inquirições realizadas durante a instrução ainda assim, "…nestes casos, a possibilidade de participar reporta-se no momento da inquirição a um acto teleologicamente vinculado à decisão sobre a acção penal e não à prova do julgamento".

([34]) DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 414.

autor destaca que a preferência deve ser sempre concedida à aquisição antecipada de prova, o que torna inadmissível, nos termos do art. 356.º, n.º 4, a leitura das declarações quando a sua recolha poderia ter sido obtida por via de um contraditório directo([35]).

A leitura de declarações anteriormente prestadas é ainda admissível, nos termos do art. 356.º, n.º 2, alínea *b*), se o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo na sua leitura, aqui vigorando um princípio de consenso entre os sujeitos processuais([36]). Como refere Damião da Cunha([37]), o propósito subjacente a esta permissão concedida na base do consenso entre estes sujeitos processuais relaciona-se com uma ideia de celeridade e economia processuais o que permite, por exemplo, que perante a ausência de uma testemunha à audiência de julgamento, os sujeitos processuais previstos neste preceito possam prescindir da presença daquela testemunha, mediante acordo na leitura das declarações anteriormente prestadas.

O n.º 5 do art. 356.º permite ainda a leitura destas declarações mesmo que tenham sido prestadas perante o Ministério Público ou órgãos de polícia criminal.

O Tribunal Constitucional teve já oportunidade de se pronunciar, no acórdão n.º 1052/96, acerca da constitucionalidade da norma do art. 356.º, n.º 2, alínea *b*), e n.º 5 do CPP, tendo o Tribunal considerado que a razão de ser da necessidade de acordo entre os sujeitos processuais previstos no n.º 2, alínea *b*), do art. 356.º resulta da circunstância de as declarações prestadas nos termos deste preceito não terem sido recolhidas com observância das formalidades estabelecidas para a audiência ou perante juiz, não existindo assim as garantias dialéticas de contraditoriedade que a CRP assegura. Por outro lado, o Tribunal concluiu que estando presente na audiência de julgamento a testemunha autora da declaração anteriormente

---

([35]) *Idem*, p. 413.

([36]) Como adianta PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, pp. 607 e 608, o preceito em causa constitui expressão do princípio da auto-responsabilidade probatória das partes e do princípio dispositivo sobre a produção da prova. Sobre o primeiro dos princípios *vide* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, pp. 193 e 194.

([37]) *Idem*, p. 415.

recolhida que o recorrente pretendia ser lida em audiência, então este terá a possibilidade legal de exercer o respectivo direito de defesa, tendo assim concluído que a norma em causa não representa qualquer encurtamento ou restrição inadequada das garantias de defesa, sendo inclusive uma linha de concretização do princípio geral sobre a produção da prova presente no art. 355.º, n.º 1.

O art. 356.º, n.º 2, alínea *c*), permite ainda a leitura de declarações prestadas em fase anterior ao julgamento obtidas mediante rogatórias ou precatórias legalmente permitidas.

1.2. Leitura de declarações de pessoas declarantes presentes na audiência de julgamento

O art. 356.º, n.º 3, prevê a segunda excepção à regra de intransmissibilidade probatória das declarações, regulando-se aqui a matéria relativa à admissão de leitura de declarações de pessoas presentes na audiência de julgamento. Nos termos do preceito agora em análise é permitida a leitura das declarações anteriormente recolhidas desde que prestadas perante o juiz([38]) e com a finalidade de avivar a memória de quem declara na audiência que já não se recorda de certos factos (alínea *a*) ou quando entre as declarações anteriormente produzidas e as prestadas em audiência houver contradições ou discrepâncias (alínea *b*)([39]/[40]).

([38]) Como reitera DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 437, a razão para o regime de leitura das declarações anteriores ao julgamento assentar num princípio geral de que estas declarações tenham sido prestadas perante o juiz fundamenta-se na circunstância de este sujeito processual constituir um órgão imparcial que não participada como interessado no contraditório sobre a prova, o que permite que não ocorra um conflito de papéis entre os diferentes sujeitos processuais.

([39]) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, pp. 605 e 606, considera que a intransmissibilidade probatória generalizada das declarações processuais anteriores nos termos da alínea *b*) do n.º 3 do art. 356.º é mais difícil de sustentar do que a intransmissibilidade dos depoimentos da testemunha que não presta depoimentos à luz do n.º 4 do art. 356.º, atendendo aos pressupostos epistemológicos da imediação que são dois: a aparência e o comportamento não verbal dos depoentes auxilia o julgador na avaliação da honestidade do depoimento e o núcleo da veracidade dos testemunhos centra-se na honestidade. Assim sendo, salienta o autor que "…a percepção dos sinais emitidos posteriormente pela teste-

Como sublinha Paulo Dá Mesquita([41]) se compararmos o regime de admissão de leitura das declarações anteriores nas situações de impossibilidade de comparência da fonte de prova e as situações em que a fonte de prova é ouvida no julgamento constata-se que o regime traçado pela lei portuguesa apresenta-se mais restritivo para a admissão da leitura das anteriores declarações no segundo caso, a que acresce a orientação de alguma doutrina que procede a uma interpretação mais restritiva do valor das declarações anteriores reproduzidas quando a fonte de prova é inquirida em audiência de julgamento.

De acordo com a posição doutrinária defendida por Damião da Cunha([42]), a leitura destas declarações visa uma prova crítica das declarações efectivamente prestadas, comprovando a veracidade das declarações prestadas em audiência e não das anteriormente recolhidas que não constituem objecto de prova. Em sentido diferente, segundo Paulo Pinto de Albuquerque([43]) as declarações anteriores constituem prova que vale para efeitos de formação da convicção do tribunal([44]). Germano Marques da Silva([45]) considera que as declarações anteriores não se destinam a comprovar a veracidade do depoimento prestado na audiência mas sim a apurar a credibilidade das fontes de prova pessoal.

---

munha servem a essa luz para a avaliação da sua integridade e segurança, que poderia ser aferida no confronto em tribunal com o que se disse e a possibilidade de percepção no julgamento da sua reacção, e do seu comportamento na alteração da narrativa originária…".

([40]) A Revisão de 2007 alterou a redacção do preceito que anteriormente se referia a "…contradições ou discrepâncias sensíveis que não possam ser esclarecidas doutro modo", pelo que, como demonstra Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit*., p. 896, no regime actual qualquer discrepância é relevante, já que o requisito "sensível" foi suprimido.

([41]) Paulo Dá Mesquita, *ob. cit*., p. 602.

([42]) Damião da Cunha, *ob. e loc. cit*.

([43]) Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed. actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, pp. 873-875.

([44]) No mesmo sentido Paulo Dá Mesquita, *ob. cit*., p. 602; o autor retira tal conclusão da conjugação dos arts. 355.º e 356.º e, em particular, da ressalva do n.º 2 do art. 355.º.

([45]) Germano Marques da Silva, *ob. cit.*, p. 42.

O n.º 6 do art. 356.º proíbe em qualquer caso a leitura dos depoimentos prestados em inquérito ou instrução por testemunhas que se recusem a depor na audiência de julgamento, expressão da vigência do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, especialmente previsto para as testemunhas no art. 132.º, n.º 2, do CPP. A norma prevê ainda as situações de direito ao silêncio da testemunha familiar e afim do arguido, prerrogativa de silêncio familiar([46]) que permite a recusa de depoimento pelas testemunhas nos moldes estabelecidos pelo art. 134.º, n.º 1.

Encontram-se igualmente abrangidos pela previsão do n.º 6 do art. 356.º os casos de invocação legítima e justificada do sigilo profissional pela testemunha (arts. 135.º, 136.º e 137.º), assim como as situações de impedimento para depor como testemunha reguladas no art. 133.º.

De referir, neste domínio, a posição defendida por Paulo Dá Mesquita([47]) de acordo com a qual no caso de existir, por parte da testemunha, uma recusa a depor ilegítima e, portanto, ilícita, estar-se-á perante uma situação de impossibilidade duradoura, enquadrável nos termos do n.º 4 do art. 356.º([48]).

Trata-se em todos os casos mencionados de leitura, visualização ou audição do depoimento da testemunha absolutamente proibidas, estando vedado o acesso a tal depoimento mesmo que exista acordo de todos os sujeitos processuais. Por isso, decidiu o STJ em acórdão de 2-07-1998([49]) que não pode ser usada em julgamento uma cassete de uma conversa gravada de uma testemunha que se recusou de forma legítima a depor em audiência de julgamento,

---

([46]) Acerca da prerrogativa de silêncio familiar *vide*, *infra*, ponto 1.2.1..

([47]) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 601.

([48]) O autor salienta ainda o carácter controverso da opção legal subjacente ao n.º 6 do art. 356.º, tendo em conta a "diversidade de casos e interesses abrangidos" e a diferença de tratamento concedida ao preceito em causa comparativamente com o n.º 4 do art. 356.º. Nota o autor que a solução legal do n.º 6 do art. 356.º parece ter como referente a matéria da prerrogativa de silêncio familiar e o debate que tem originado na Alemanha, bem como a forma de tratamento da matéria da recusa de depor das testemunhas no CPP de 1929 em que se entendia que "a testemunha pode exonerar-se do encargo de depor… mas não tem o direito de se não atender ao que disse, não tem o direito de anular o seu depoimento" (LUÍS OSÓRIO, *ob. e loc. cit.*).

([49]) Proc. n.º 98P490. Relator: SOUSA GUEDES.

quer a gravação diga respeito a um acontecimento exterior ao processo, quer seja concernente a um acto processual ocorrido em fase prévia do processo.

1.2.1. O direito ao silêncio na esfera de relações pessoais — A prerrogativa de silêncio familiar

Como enunciado anteriormente, o art. 356.º, n.º 6, proíbe a leitura do depoimento prestado em inquérito ou na instrução por testemunha que na audiência se recuse validamente a depor. O artigo tem, nesta sede, em linha de conta a denominada prerrogativa de silêncio familiar([50]), prevista no art. 134.º do CPP e que impede que as testemunhas sejam obrigadas a depor contra os seus parentes ou afins([51]). Trata-se nestes casos da consagração do direito ao silêncio especificamente pensado para a teia de relações familiares do arguido, sendo frequente apontar sobre a *ratio* da norma([52]) o propósito de evitar um conflito de consciência da testemunha e como forma de salvaguardar os laços de confiança e solidariedade familiar, assim evitando o conflito de deveres que a testemunha teria de

---

([50]) Como nota de Direito Comparado importa referida que no século XIX a prerrogativa de silêncio familiar foi consagrada nos Estados Unidos da América, na Itália e na Alemanha. Mas o modo de consagração da prerrogativa no Direito norte-americano apresenta contornos distintos do regime consagrado nos direitos continentais, já que naquela o direito de recusa de depor é confinado ao cônjuge, excluindo-se da prerrogativa os parentes e afins.

([51]) De referir, neste domínio, a perspectiva doutrinária preconizada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 358, segundo a qual a alínea *b*) do n.º 1 do art. 134.º padece de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade (art. 13.º da CRP), na medida em que não permite que a pessoa que vive com o arguido em condições análogas às dos cônjuges recuse a prestação de depoimento relativamente a factos ocorridos antes da coabitação, ao contrário do que sucede com o cônjuge do arguido, cuja faculdade de recusa de depoimento relativamente a factos ocorridos antes do casamento é possibilitada por via da alínea *a*).

([52]) Nos trabalhos preparatórios da Reforma de 2007, Unidade de Missão para a Reforma Penal, *Acta 20*, 2005/07, p. 8, associou-se a prerrogativa de silêncio familiar ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à integridade moral. Cremos, contudo, que tal visão é manifestamente desproporcionada em função da natureza da prerrogativa de recusa de depoimento contra familiares, para além de que, como nota PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 280, nota 87, a ligação da recusa de depor com o valor da dignidade da pessoa humana e o direito à integridade moral levaria a que estes se considerassem sempre violados em todos os casos em que subsiste o dever de depor.

suportar se tivesse de depor contra o seu parente, afim ou companheiro([53]). É esta a orientação doutrinária preconizada por Costa Andrade que afirma que, o que cabe sublinhar: "…é a existência de proibições de prova em que os interesses a salvaguardar, susceptíveis de colidir com a descoberta da verdade e impor o seu recuo, transcendem a esfera dos interesses ou direitos encabeçados pelo arguido"([54]). No mesmo sentido, Medina de Seiça([55]) considera que se visa proteger o "sentimento familiar", protegendo-se, por essa via, as próprias relações de confiança essenciais à instituição familiar. O autor considera ainda que o direito de recusa de depor confere um efeito reflexo para a o arguido, pois este não dispõe do direito de exigir o silêncio do seu familiar que se recusa a depor([56]).

O direito de recusa de depor subsiste mesmo que exista acordo de todos os intervenientes processuais no sentido da aceitação do depoimento da testemunha, pelo que, como sublinha Paulo Dá Mesquita([57]), estamos perante um poder decisório exclusivo e insindicável da testemunha([58]), independente dos interesses processuais que a recusa de depoimento possa afectar([59]).

([53]) Sublinha PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 279, que a prerrogativa de silêncio familiar constitui um exemplo paradigmático da sensibilidade germânica partilhada por Portugal. Com efeito, o regime de recusa de depoimento contra familiares e afins é previsto de forma idêntica na lei alemã e é igualmente entendido pela doutrina maioritária alemã como uma norma que visa impedir um conflito de consciência da testemunha e simultaneamente proteger as relações de confiança subjacentes à instituição familiar, neste caso entendida como bem jurídico autónomo merecedor de tutela. Todavia, em sentido diverso, entende GÖSSEL, "Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren", *NJW*, 1981, pp. 653 e 2219 *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 77, que a interpretação correcta da norma que visa a prerrogativa de silêncio familiar e a prerrogativa contra a auto-incriminação da testemunha deve ter em linha de conta o primado da verdade material, ou seja, o que está subjacente a este regime é a tentativa de evitar depoimentos marcados pelo conflito.

([54]) MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 78.

([55]) MEDINA DE SEIÇA, "Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-1-1996", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, Fasc. 3, (Jul.-Set.), 1996, p. 493.

([56]) *Idem*, p. 496.

([57]) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, pp. 280 e 281.

([58]) Saliente-se que mesmo que as testemunhas aceitem depor contra o círculo de pessoas elencadas no art. 134.º, n.º 1, continuam sujeitas ao dever de verdade (art. 132.º, n.º 1, alínea *d*), do CPP e art. 360.º, n.º 1, do CP).

([59]) De salientar que a prerrogativa de silêncio familiar existe mesmo para as tes-

O n.º 2 do art. 134.º estabelece que a entidade competente para receber o depoimento tem um dever de advertência da prerrogativa de silêncio familiar, cuja inobservância determina a nulidade do depoimento(60).

Por último, refira-se que o direito de recusa de depor não abrange as testemunhas em relação aos factos imputados exclusivamente aos co-arguidos com quem aquelas não tenham uma rela-

---

temunhas com iniciativas processuais anteriores, como aquelas que deram início ao processo através da apresentação de queixa, sendo aqui evidente a diferença de tratamento da matéria relativamente à legislação de 1929 que previa no art. 431.º, § 1, que apenas admitia a titularidade do direito de recusa de depor àqueles que não fossem "participantes ou parte acusadora". No diploma de 1929 o art. 216.º previa o elenco de pessoas que não podiam testemunhar, em função do quadro de relações familiares: "ascendentes, descendentes, irmãos, afins nos mesmos graus, marido ou mulher do ofendido, da parte acusadora ou do arguido…".

(60) Na doutrina portuguesa, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 359, considera que a omissão da advertência constitui uma nulidade que consubstancia uma proibição de prova resultante da intromissão na vida privada da testemunha que tem como efeito a nulidade das provas obtidas, salvo consentimento da testemunha que prestou depoimento (art. 126.º, n.º 3, do CPP). PAULO DE SOUSA MENDES, "As proibições de prova no processo penal", AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, (coord. científica: MARIA FERNANDA PALMA), Coimbra, Almedina, 2004, pp. 149 e 150, conclui que a violação do art. 134.º, n.º 2, constiui um procedimento violador de formalidades, cuja sanção será a nulidade dependente de arguição.

O Direito Italiano estabelece nos mesmos moldes da lei portuguesa o dever de advertência da prerrogativa de silêncio familiar, sendo que a doutrina italiana maioritária considera que a ausência da advertência do direito de recusa de depor redundará numa nulidade relativa. Na lei italiana, o direito de recusa de depor cessa no caso de o familiar ou afim ter apresentado a denúncia ou ser o ofendido (art. 199.º, n.º 3, do CPPI). Diversamente, embora a lei alemã preveja um dever de advertência do direito de recusa de depor das pessoas com ligação ao arguido, não contém nenhuma norma que preveja o sancionamento da omissão da advertência. PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, pp. 283 e 284, dá-nos conta da significativa divergência doutrinária e jurisprudencial que a ausência de uma norma que preveja a consequência da omissão do dever de advertência gerou na Alemanha, dividida sobre a matéria das proibições de prova, também resultado, em grande parte, da dificuldade de conciliar diferentes interesses em presença (direitos de defesa, do depoente, protecção da instituição familiar, entre outros). KARL-HEINZ GÖSSEL, "As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha" (tr. port. de M. COSTA ANDRADE do original "Die Beweisverbote im Srafverfahrenrecht der BRD", *GA*, 91), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 3.º, (Jul.-Set.), 1992, pp. 404-410, considera que a linha jurisprudencial seguida nesta matéria é incoerente e conclui que a tutela da prerrogativa de silêncio familiar está centrada no depoente, pelo que não se justifica a proibição de prova para a omissão do dever de advertência do direito de recusa de depor.

ção de parentesco ou afinidade, mas esta prerrogativa é aplicável em relação aos factos que sejam simultaneamente imputados aos co-arguidos que têm e aos que não têm uma relação de parentesco ou afinidade com a testemunha([61]).

1.3. Prestação de depoimento por órgãos de polícia criminal

O n.º 7 do art. 356.º conjugado com o art. 357.º, n.º 2, impedem o depoimento dos órgãos de polícia criminal relativamente às declarações([62]) cuja leitura em audiência de julgamento não seja permitida. A finalidade subjacente a este preceito é impedir que por via da inquirição como testemunhas dos órgãos de polícia criminal ocorra uma "fraude" ao modelo de intransmissibilidade probatória das declarações anteriormente prestadas, o que sucederia se o tribunal acedesse a estas declarações cuja leitura é proibida através do depoimento dos OPC, daí que a proibição contida no n.º 7 seja ainda alargada a todas as pessoas que, a qualquer título, tiverem participado na recolha das declarações de leitura proibida, que ficam assim igualmente impossibilitadas de ser inquiridas sobre o conteúdo destas declarações([63]).

([61]) Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 358 e ainda MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento Probatório do Co-arguido*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 102, que segue o mesmo sentido do acórdão do STJ de 17-01-1996 (Proc. n.º 048699; Relator: AUGUSTO ALVES) nesta matéria.

([62]) JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, "Depoimento policial em audiência penal. Âmbito e limites", *Revista Polícia e Justiça*, III série, n.º 4, (Jul.-Dez.), 2004, p. 21, aponta uma imprecisão terminológica na norma — o n.º 7 fala em "tiverem recebido declarações", mas na verdade estão aqui incluídos os autos de diversa natureza e as inquirições, o que constitui uma limitação da dimensão subjectiva do preceito que pode induzir em erro. O autor considera igualmente existir uma contradição entre a formulação e o lugar da inserção sistemática do art. 356.º, n.º 7, na medida em que a norma não decreta proibição de leituras em audiência, mas sim uma proibição de depoimentos sobre matéria que esteja documentada em autos escritos e ainda uma ausência de previsão quanto à natureza jurídica do incumprimento da norma, o que permite concluir que se estará perante uma mera irregularidade processual em caso de incumprimento.

([63]) DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 441, retracta o preceito como uma "dupla válvula de segurança", pois impede uma "fraude" ao regime de proibições de leitura — sobre os OPC e sobre outras pessoas que tiverem participado na recolha de declarações.

António Barreiros coloca um problema de interpretação do art. 356.º, n.º 7, relativamente à dimensão subjectiva da norma([64]). Nas situações em que um OPC não tiver recebido declarações nem tiver participado na sua recolha mas ainda assim assistiu à produção das mesmas poderá depor sobre o conteúdo dessas declarações? A questão é pertinente atendendo a que, como nota o autor, os OPC partilham instalações e assistem discretamente a depoimentos e declarações recolhidos por colegas por uma questão de táctica policial. O mesmo problema sucede relativamente a outras pessoas que tenham assistido à produção de declarações. Através de uma interpretação literal da norma poderia defender-se que os OPC ou outras pessoas que assistiram à produção de declarações podem prestar depoimento sobre o conteúdo destas declarações. No entanto, cremos que não é esta a interpretação correcta da norma que deve antes ser alvo de uma interpretação teleológica, impedindo-se o depoimento sobre o conteúdo das declarações cuja leitura não for permitida em audiência de julgamento a todas as pessoas e aos OPC que tiverem de algum modo assistido à produção de declarações. Com efeito, da análise da finalidade subjacente ao preceito resulta que a norma do art. 356.º, n.º 7, visa impedir o depoimento dos OPC ou de quaisquer pessoas que, de alguma forma, tenham assistido à produção das declarações cuja leitura em audiência é proibida, ou seja, visa impedir uma "fraude" ao modelo de intransmissibilidade probatória das declarações prestadas em fase anterior ao julgamento que ocorreria se os OPC ou as pessoas que assistiram à produção de declarações tivessem a possibilidade de depor sobre o conteúdo destas declarações.

No que diz respeito à orientação jurisprudencial relativa à dimensão subjectiva da norma do n.º 7 do art. 356.º o STJ, no acórdão de 15-11-2000([65]), afirmou que em audiência de julgamento os órgãos de polícia criminal podem prestar depoimento como testemunhas quanto a factos por si apurados antes da participação e

---

([64]) José António Barreiros, *ob. cit.*, p. 25.
([65]) Proc. n.º 2551/2000. Relator: Flores Ribieiro.

desde que não tenham tido qualquer intervenção no decurso do processo([66]).

No que concerne ao exercício do direito ao silêncio em audiência de julgamento por parte do arguido o STJ, no acórdão de 11-07-2001([67]), concluiu que nestas situações ficam impedidas de depor como testemunhas as pessoas que recolheram ou auxiliaram na recolha das declarações do arguido, com o argumento de que: "…em tal caso, não se poderia falar em contradição ou discrepância com as anteriores declarações, já que o silêncio não tem o valor de sim, não ou talvez".

No que respeita à dimensão objectiva da norma em análise importa considerar que os OPC ou outras pessoas podem depor sobre quaisquer outras matérias que não sobre a prestação de declarações cuja leitura é proibida em audiência de julgamento([68]), tal como concluiu a jurisprudência portuguesa que sustentou que são admissíveis os depoimentos dos OPC enquanto testemunhas e em audiência quanto a factos de que tenham conhecimento directo quanto a informações obtidas em diligências externas, tal como concluiu o TRL no acórdão de 7-05-2002([69]) ou relativamente a informações obtidas por meios diferentes de declarações obtidas em auto, ficando incluídas as acções de prevenção e as vigilâncias — acórdão TRL de 25-10-2000([70]).

Importa referir que o acórdão de 11-12-1996([71]) do STJ considerou que a proibição contida neste preceito não abrange o depoimento dos agentes da PJ em audiência sobre a reconstituição do crime a que procederam.

Ainda relativamente ao âmbito de aplicação do n.º 7 do art. 356.º, Damião da Cunha([72]) coloca ainda a questão de saber se

---

([66]) No mesmo sentido podem ver-se os acórdãos do STJ de 29-03-1995 (Proc. n.º 046393. Relator: LOPES ROCHA), e de 11-12-1996 (Proc. n.º 780/96. Relator: FLORES RIBEIRO).

([67]) Proc. n.º 01P1796. Relator: LOURENÇO MARTINS.

([68]) Neste sentido, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 27.

([69]) Proc. n.º 0022455. Relatora: MARGARIDA BLASCO.

([70]) Proc. n.º 0052823. Relator: SANTOS MONTEIRO.

([71]) Proc. n.º 96P780. Relator: FLORES RIBEIRO.

([72]) *Idem*, p. 427.

será admissível o depoimento dos órgãos de polícia criminal sobre declarações recolhidas a declarantes que não compareçam na audiência de julgamento por falecimento, anomalia psíquica ou impossibilidade duradoura. Embora o n.º 4 apenas permita a leitura das declarações anteriormente recolhidas a estes declarantes se tiverem sido prestadas perante o MP ou o juiz, a verdade é que o art. 129.º *in fine* poderia fundamentar uma solução diversa. Porém, Damião da Cunha considera que tal depoimento não será admissível em face das exigências impostas pelo n.º 4 do art. 356.º([73]).

Reportando-se à dimensão objectiva do art. 356.º, n.º 7, António Barreiros([74]) considera que não deve ser permitido o depoimento policial relativamente ao teor dos relatórios policiais de resumo do inquérito. Segundo o autor, considerar admissíveis tais depoimentos constituiria abuso de direito. Por outro lado, de acordo com a posição sustentada pelo autor, sempre que a lei permita abstractamente a leitura das declarações em audiência de julgamento ou no processo essa permissão seja em concreto alcançada, é permitido o depoimento dos OPC ou de outras pessoas relativamente ao conteúdo daquelas declarações, atendendo à formulação do art. 356.º, n.º 7, e à sua inserção sistemática([75]).

A matéria convoca ainda o problema dos depoimentos dos OPC ou de outras pessoas sobre o conteúdo das escutas telefónicas. Segundo José António Barreiros([76]), uma vez que as escutas telefónicas devem ser transcritas (art. 188.º, n.º 1, do CPP) estamos perante prova documental, pelo que não se encontram abrangidas pela previsão dos arts. 356.º e 357.º, sendo admissível o depoi-

---

([73]) DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 433, faz ainda alusão à solução adoptada no Direito Italiano que preconizou, aliás, uma solução absolutamente contrária ao regime português, já que a *Corte Costituzionale* declarou a ilegitimidade constitucional da norma que impedia a prestação de depoimento por agentes da polícia judiciária sobre declarações de testemunhas, fundamentando a decisão com o argumento de que em caso de não ser possível adquirir os elementos probatórios por método oral em julgamento, aquele impedimento traduzir-se-ia numa preclusão irrazoável da descoberta da verdade.

([74]) JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 28.

([75]) JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 27, mas contra CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, "Depoimento indirecto e arguido: admissibilidade e livre valoração *versus* proibição de prova", *Revista CEJ*, n.º 2, 1.º semestre, 2005, p. 178.

([76]) JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 30.

mento dos OPC ou de outras pessoas sobre o conteúdo das escutas telefónicas.

Mas a previsão dos arts. 356.º, n.º 7 e 357.º, n.º 2, convoca ainda um outro problema com tratamento doutrinário e jurisprudencial controverso: a matéria das denominadas "conversas informais". Por isso, dedicaremos um tópico especificamente focado para esta matéria.

1.3.1. O problema das "conversas informais" entre o arguido e os órgãos de polícia criminal

Na matéria relativa ao depoimento prestado pelos órgãos de polícia criminal convoca-se o problema das denominadas "conversas informais", isto é, as declarações prestadas pelo arguido perante os OPC que não foram reduzidas a escrito.

É possível distinguir, na jurisprudência portuguesa, duas orientações na forma de tratamento desta matéria.

Uma primeira orientação pode encontrar-se na decisão do STJ de 29-01-1992([77]) que teve por objecto um caso de conversas informais com uma pessoa não constituída formalmente como arguida, tendo o STJ ponderado que os OPC têm por função carrear para o processo todos os elementos que lhes advenham das declarações dos arguidos, de modo que as conversas informais não podem ser apreciadas pelo tribunal, nem mesmo através da referência à sua existência "…em virtude de tais conversas passarem a ser dados de facto não carreados para os autos quando deveriam ter sido e, como tal, incognoscíveis." O tribunal concluiu, por isso, que estava vedada a possibilidade de admitir os depoimentos dos órgãos de polícia criminal sobre o conteúdo e a forma das declarações informais dos arguidos.

De igual forma, a jurisprudência do STJ teve já ocasião de se pronunciar no acórdão de 11.07.2001([78]) no sentido de negar a

---

([77]) Proc. n.º 42/290. Relator: Fernando Fisher de Sá Nogueira.
([78]) Proc. n.º 01P1796. Relator: Lourenço Martins.

existência de conversas informais com validade probatória à margem do processo([79]).

Em sentido discordante decidiu o STJ no acórdão de 29-03--1995([80]) que concluiu que os órgãos de polícia criminal estão proibidos de serem inquiridos como testemunhas sobre o conteúdo de declarações que tenham recebido e cuja leitura não seja permitida, mas não estão impedidos de depor sobre o relato de conversas informais que tenham tido com os arguidos, pelo que estas conversas podem ser valoradas pelo tribunal, a menos que fique provado que o agente investigador escolheu deliberadamente esse meio (ou seja tenha decidido não reduzir a escrito as declarações) para evitar a proibição de leitura destas declarações em audiência de julgamento.

Na doutrina, para Damião da Cunha([81]) as conversas informais são, tão simplesmente, processualmente inexistentes, pelo facto de a função dos órgãos de polícia criminal ser a de carrear para o processo todos os dados fornecidos pelas declarações do arguido, ou seja, vale nesta matéria o princípio *quod non est in auto, non est in mundo*([82]), de modo que todas as conversas são, por princípio, formais([83]). Em todo o caso, destaca o autor, mesmo que se pudesse aceitar a existência de declarações não reduzidas a escrito, tais declarações estariam sempre sujeitas a uma proibição de prova em audiência de julgamento.

Da mesma forma, para José António Barreiros não é admissível o depoimento dos OPC sobre conversas informais([84]).

([79]) No mesmo sentido pode ver-se o acórdão do TRC de 7-04-2010 (Proc. n.º 386/09.1TBNLS.C1. Relator: Esteves Marques) e o acórdão do TRL de 29-05-2012 (Proc. n.º 53/09.6PHLSB.L1-5. Relator: Artur Vargues).

([80]) Proc. n.º 046393. Relator: Lopes Rocha.

([81]) Damião da Cunha, *ob. cit.*, pp. 425 e ss.

([82]) Sobre o princípio, *vide*, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Lisboa, Verbo, 1993, pp. 139 e 140.

([83]) Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 427, em análise ao acórdão do STJ de 29-03--1995 realça que o recurso aos conceitos inexistentes de "conversas" e "informais" significa a negação do carácter formal e protectivo que é concedido às declarações do arguido. De resto, considera o autor que da sua aceitação decorre uma contradição com a letra e a teleologia da lei, ou seja, a de que as declarações anteriores sejam directamente valoradas e não apenas como dados críticos das declarações prestadas em audiência.

([84]) José António Barreiros, *ob. cit.*, p. 28.

2. Depoimento Indirecto

O regime jurídico-processual português do depoimento indirecto encontra-se regulado no art. 129.º. Prevê o n.º 1 do art. 129.º: "Se o depoimento resultar do que se ouvir dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas"([85]).

Através da leitura da norma é possível identificar os requisitos de aceitação do depoimento de ouvir-dizer. Desde logo, a testemunha de ouvir-dizer terá de identificar a "testemunha-fonte", ou seja, a fonte material de onde provém o conhecimento dos factos. Refira-se que no caso de a testemunha de ouvir-dizer não estar em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento dos factos ou se recusar a fazê-lo, o n.º 3 do art. 129.º impede que o seu depoimento sirva como meio de prova. As únicas excepções a este requisito estão previstas na parte final do n.º 1 (morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade das fontes de informação serem encontradas)([86]). O art. 129.º

([85]) Na vigência do CPP de 1929, o art. 233.º regulava o regime do depoimento indirecto: "Às testemunhas será perguntado o modo por que souberam o que depõem. Se disserem que sabem de vista… Se disserem que sabem de ouvido serão perguntadas a quem o ouviram, em que tempo e lugar, e se estavam aí outras pessoas…". Um § único previa a inutilizabilidade da prova testemunhal de ouvir dizer: "o juiz não mandará escrever a resposta da testemunha que não dê razão alguma da ciência do que afirma". É importante mencionar que na vigência do CPP de 1929 Manuel de Andrade, "Parecer", *Colectânea de Jurisprudência*, VI, 1, 1981, pp. 5-11, considerava que o n.º 5 do art. 32.º da CRP de 1976 tinha tornado inconstitucional a permissão de testemunhos de ouvir dizer em Processo Penal, em virtude de tal utilização e valoração serem incompatíveis com um processo de estrutura acusatória, por serem contrários "aos princípios da imediação e do contra-interrogatório na fase de julgamento". O autor defendia, por isso, a proibição absoluta da utilizabilidade dos testemunhos de ouvir-dizer na fase de julgamento.

([86]) Para Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 439, o 129.º, n.º 1, parte final, constitui uma válvula de segurança de que o arguido dispõe para fazer face à perda de contributos probatórios que não podem ser salvaguardados por via do mecanismo funcionalmente mais adequado — a antecipação da produção de prova — garante-se ao arguido uma certa paridade face ao MP, já que o recurso ao depoimento indirecto pode ser a única via proces-

prevê, assim, um regime de "admissibilidade condicionada" do depoimento indirecto([87]).

A obrigação de indicar a fonte tem como finalidade dissuadir relatos que não possam ser confirmados na fonte em resultado da testemunha de ouvir-dizer ser incapaz de identificar ou individualizar aquela fonte ou por não pretender identificá-la([88]).

A admissibilidade do depoimento indirecto está igualmente dependente do dever de o tribunal chamar a depor a testemunha-fonte. A ratio da norma tem subjacente o propósito de aferir da credibilidade do testemunho indirecto e permitir ao julgador tomar contacto directo com a testemunha e o relato-fonte([89]/[90]).

Em matéria de direito ao silêncio, a questão que se coloca relativamente ao regime do depoimento indirecto reside em saber se o depoimento de uma testemunha quanto a uma conversa infor-

---

sual de que o arguido dispõe para face àquelas situações em que a testemunha por si indicada não comparece em audiência de julgamento.

([87]) Refira-se que o CPP regulou o regime do depoimento indirecto nos mesmos termos em que o fazia o *Progetto preliminare* de 1978, posteriormente convertido e modificado no art. 195.º do CPPI. Esta solução foi, por sua vez, inspirada na doutrina e jurisprudência alemãs. No art. 195.º do CPPI encontra-se previsto um dever de o juiz determinar a inquirição da pessoa ausente, sob pena de inutilizabilidade do depoimento da testemunha de ouvir-dizer, mas ao contrário do regime português prevê-se que "o juiz, a pedido de uma parte determina que aquela seja chamada a depor".

Ao contrário de países como Portugal, a França, a Alemanhã ou a Itália, no Direito Norte-Americano e na lei inglesa vigora uma regra geral de proibição do depoimento indirecto. Mireille Delmas-Marty, *ob. cit.*, pp. 646 e 647, dá-nos conta da existência de uma forte crítica à regra de inadmissibilidade do depoimento indirecto da lei inglesa, resultado das inúmeras excepções à regra de proibição que conferem ao regime uma feição complexa.

([88]) Porque, por exemplo, teme represálias ou não quer sujeitar-se a incómodos.

([89]) Carlos Adérito Teixeira, "Depoimento indirecto e arguido: admissibilidade e livre valoração versus proibição de prova", *Revista CEJ*, n.º 2, 1.º semestre, 2005, p. 135.

([90]) Como salienta Carlos Adérito Teixeira, *ob. e loc. cit.*, a utilização pelo legislador do verbo "pode" no n.º 1 do art. 129.º significa um poder-dever inscrito no conteúdo da tarefa de prossecução da verdade material. A utilização da formulação demonstra um poder não vinculado às pretensões das partes em consonância com o art. 340.º do CPP. Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, pp. 343 e 344, este dever de o juiz chamar a fonte de conhecimento a depor é imposto pelo princípio da imediação, à luz do qual deve ser lido o art. 129.º. De todo o modo, como nota Paulo Dá Mesquita, *ob. cit.*, p. 529, no regime do depoimento indirecto "ressalta a proeminência do princípio da investigação, cujo cânone condutor indicia a recusa da responsabilidade probatória das partes".

mal que manteve com o arguido antes, durante ou após a prática de um crime, configura um depoimento indirecto para efeitos do art. 129.º do CPP e se tal depoimento é admissível em face do direito ao silêncio do arguido. A resposta da doutrina portuguesa é consensual no sentido em que não se aplica o regime do art. 129.º a este quadro de situações, sendo o tipo de resposta já diferenciado quanto ao modo de valorar o depoimento da testemunha de ouvir-dizer. Carlos Adérito Teixeira([91]) considera que do mesmo modo que o arguido está impedido de depor como testemunha nos termos gerais, também em sede de produção de depoimento indirecto não se pode ficcionar que o arguido passaria a ser testemunha-fonte, desde logo porque não está obrigado a prestar declarações em virtude do seu direito ao silêncio e, mesmo que decida prestar declarações, não está sujeito a um dever de verdade em tudo quanto diga. É por isso o estatuto do arguido no processo que o impede de se constituir como testemunha-fonte, independentemente de o arguido decidir prestar declarações ou exercer o seu direito ao silêncio. Para o autor, nada impede, contudo, que o depoimento da testemunha de ouvir-dizer seja apreciado à luz da regra geral de livre apreciação da prova (art. 127.º do CPP)([92]).

É também com base no estatuto processual do arguido e na estrutura acusatória do processo penal português que Paulo Dá Mesquita([93]) defende a inadmissibilidade de atribuir ao arguido o estatuto de testemunha-fonte. Na perspectiva do autor, a teleologia do regime geral do depoimento indirecto apresenta-se incompatível com a sua aplicação ao arguido, na medida em que se consagrou um modelo dinâmico de indagação junto da fonte de conhecimento que se apresenta ilegítimo em relação ao arguido como fonte de ouvir-dizer. Por isso, sustenta o autor que o depoimento indirecto sobre o que se ouviu dizer ao arguido deve ser apreciado de acordo com as regras gerais sobre valoração da prova, se não houver outra causa de inadmissibilidade([94]).

([91]) CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *ob. cit.*, p. 161.
([92]) *Idem*, p. 164.
([93]) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 586.
([94]) *Ibidem*.

Damião da Cunha([95]) considera que não é configurável um testemunho sobre o que se ouviu dizer a um sujeito processual, já que quanto a este decisivas são as declarações prestadas na audiência de julgamento([96]). Do mesmo modo, segundo Paulo Pinto de Albuquerque([97]) não é admissível o depoimento indirecto sobre o que se ouviu dizer ao arguido, ao assistente e às partes civis porque as "pessoas" a que a parte final do n.º 1 do art. 129.º se refere são apenas as testemunhas. Por isso, na perspectiva deste autor, sendo o art. 129.º uma norma excepcional ela não pode, em violação do princípio da imediação, ser aplicada analogicamente ao depoimento de uma testemunha sobre o que ouviu dizer ao arguido, ao assistente ou às partes civis([98]). Refira-se que para Paulo Pinto de Albuquerque as testemunhas apenas podem depor sobre aquilo que ouviram dizer ao arguido durante a prática dos factos criminosos a que assistiram, mas não podem depor sobre conversas tidas com o arguido depois da prática do crime, já que este constitui um verdadeiro depoimento indirecto cuja valoração pelo tribunal no processo violaria o direito ao silêncio do arguido([99]). Por isso, sustenta o autor que é inconstitucional o art. 129.º, n.º 1, do CPP, por violação do art. 32.º, n.º 1, da CRP, se interpretado no sentido de permitir o depoimento indirecto de testemunha sobre o que ouviu dizer ao arguido depois da ocorrência do crime, independentemente de o arguido ter estado presente na audiência de julgamento e tenha

---

([95]) Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 438.

([96]) O acórdão do STJ de 29-03-1995 analisado no ponto anterior relativo às denominadas "conversas informais" incide também sobre a matéria do depoimento indirecto. De acordo com o STJ "…falta demonstrar que o art. 129.º do Código de Processo Penal proíbe o depoimento por ouvir dizer quando quem diz é o arguido." Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 430, debruçando-se sobre esta afirmação do acórdão, sustenta que o acórdão contraria o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e coloca a este propósito uma questão elucidativa do problema: "Ficaria, porém, em aberto saber como teria decidido o Tribunal se, em vez do arguido, estivesse em causa uma testemunha que, na audiência de julgamento, se recusasse validamente a depor. Neste caso, aceitaria o Tribunal a impossibilidade de testemunho indirecto, fazendo valer o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* para a testemunha, mas negando-o para o arguido? Ou então definitivamente aquele princípio passaria a ser estranho ao nosso processo penal?"

([97]) Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 344.

([98]) *Ibidem*.

([99]) *Idem*, p. 345.

exercido o direito ao silêncio ou não tenha comparecido em audiência([100]).

Concordamos com a posição doutrinária que considera inadmissível que o arguido tome a veste de testemunha-fonte. A consagração do direito ao silêncio, com a consequenre proibição de o arguido depor como testemunha ajuramentada e a não exigência de de um dever de verdade estão na base da proibição. De outro modo, consagrar a posição de testemunha-fonte para o arguido seria conceder ao regime do depoimento indirecto uma irremediável incongruência sistemática.

O Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre a questão de saber se poderá ser valorado o depoimento de uma testemunha quanto ao que ouviu dizer ao co-arguido quando este decide exercer o seu direito ao silêncio em audiência de julgamento no acórdão n.º 440/99([101]), decisão em que o Tribunal concluiu que o art. 129.º, n.º 1, conjugado com o art. 128.º, n.º 1, interpretado no sentido de que o tribunal pode valorar livremente os depoimentos indirectos de testemunhas que relatem conversas tidas com um co-arguido que se recusa a depor ao abrigo do respectivo direito ao silêncio, não ofende o direito de defesa do arguido([102]). O TC considerou, em sentido concordante, no acórdão n.º 362/2000([103]) que também não ofende o direito de defesa do arguido a admissibilidade do depoimento indirecto da testemunha que profere declarações em sentido discordante das declarações prestadas pelo arguido em audiência de julgamento.

Em todo o caso, evidencia Paulo Dá Mesquita([104]) que na jurisprudência do TC não é fácil encontrar uma linha padronizada ou uma teoria global de tratamento deste tipo de casos, apesar de se conseguir descortinar uma tendência de recusa de salvaguardas genéricas do arguido em relação à utilização no processo do que disse extraprocessualmente.

([100]) *Ibidem*.
([101]) Proc. n.º 268/99. Relator: CONSELHEIRO MESSIAS BENTO.
([102]) Adere à decisão do acórdão CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *ob. cit.*, p. 164.
([103]) Proc. n.º 452/99. Relator: CONSELHEIRO SOUSA E BRITO.
([104]) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 587.

Cremos que deve ser admitida a valoração probatória do depoimento da testemunha que relata conversas tidas com o arguido que, em audiência de julgamento, opta por não prestar declarações com fundamento no próprio direito ao silêncio do arguido. Com efeito, como ficou demonstrado na Parte I desta exposição, o arguido não pode ser prejudicado pelo facto de decidir exercer o seu direito ao silêncio, nem mesmo quando opta por um silêncio parcial. Porém, do exercício do direito ao silêncio pelo arguido resultam consequências do ponto de vista fáctico, desde logo, o arguido renuncia voluntariamente a contribuir com a sua versão sobre os factos apresentados no processo. Por isso, o direito ao silêncio do arguido não tem a virtualidade de impedir o apagamento ou a inutilização das declarações prestadas por uma testemunha.

A relevância do depoimento indirecto para a problemática da leitura das declarações anteriores ao julgamento tem de ser enquadrada à luz dos arts. 356.º, n.º 7, e 357.º, n.º 2, já que por via dos citados normativos se impede uma fraude à obtenção de depoimentos dos órgãos de polícia criminal. Assim, a lei procura definir quais os autos passíveis de reprodução em audiência de julgamento e, quanto àqueles de regime marcado pela regra da intransmissibilidade probatória, a lei proíbe o depoimento indirecto sobre tais declarações. Como nota Germano Marques da Silva([105]), o regime do depoimento indirecto é reforçado pelo art. 356.º, n.º 7, pelo que da conjugação dos dois regimes em presença resultará a proibição do testemunho de ouvir dizer por parte dos órgãos de polícia criminal ou de outras pessoas que tiverem participado na recolha de declarações cuja leitura em audiência seja proibida.

O depoimento indirecto de um OPC passível de ser valorado pelo tribunal pode também advir das declarações de um agente infiltrado, matéria que também colide com o alcance da prerrogativa contra a auto-incriminação. Refira-se que para Paulo Pinto de Albuquerque([106]) é admissível o depoimento do agente infiltrado sobre os factos criminosos a que tenha assistido e sobre o que

---

([105]) Germano Marques da Silva, *ob. cit.*, p. 133.
([106]) Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 346.

ouviu dizer ao arguido durante a prática daqueles factos (incluindo os actos preparatórios e de execução até à consumação do crime). Todavia, o autor considera que não é admissível o depoimento do agente policial sobre o que ouviu a uma testemunha ou declarante depois da prática dos factos criminosos, mesmo que essa pessoa venha a falecer antes da audiência de julgamento, ou venha a sofrer de doença grave e o seu estado se agravasse se tivesse de ser ouvida em audiência ou se for uma pessoa muito jovem e a inquirição na audiência possa constituir uma experiência traumática([107]). O autor estabelece um paralelismo com o art. 356.º, n.º 4, demonstrando que se as declarações da pessoa ao agente policial não tivessem sido registadas por escrito não poderiam ser lidas na audiência, a não ser que o MP, o assistente e o arguido estivessem de acordo na sua leitura (art. 356.º, n.º 5), pelo que, não tendo sido reduzidas a escrito constituem tão-somente uma conversa informal. Por isso, conclui o autor, que o art. 356.º, n.º 7, veda o aproveitamento em audiência de conversas informais entre os agentes policiais e testemunhas ou declarantes, ainda que estas pessoas venham a falecer posteriormente, a padecer de anomalia psíquica superveniente ou seja impossível localizá-las([108]). O autor preconiza a mesma solução para os depoimentos dos agentes policiais que mantiveram conversas informais com o suspeito ou o arguido depois da prática do crime e fora do inquérito. Afirma o autor que se as declarações dos suspeitos tivessem sido registadas por escrito elas não poderiam ser lidas na audiência atendendo ao art. 357.º, a não ser que o arguido assim o solicitasse, pelo que, não tendo sido reduzidas a escrito constituem apenas conversas informais cujo conteúdo não pode ser reproduzido em audiência([109]).

Nesta matéria, não pode deixar de atender-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional que no acórdão n.º 213/94([110]) considerou que é atentatória das garantias de defesa uma interpretação extensiva da parte final do n.º 1 do art. 129.º que permita a valora-

---

([107]) *Ibidem*.
([108]) *Ibidem*.
([109]) *Ibidem*.
([110]) Proc. n.º 719/92. Relator: CONSELHEIRO RIBEIRO MENDES.

ção do depoimento de agentes de polícia criminal acerca de conversas tidas com uma co-arguida do recorrente, no período em que aquela se encontrava detida e que não pode ser encontrada para prestar declarações em audiência de julgamento, tendo sido declarada contumaz. O que importa reter da argumentação do TC é que o Tribunal considerou que a valoração do depoimento dos agentes policiais é inconstitucional não pelo facto de se tratar de um depoimento indirecto ou pelo facto de a testemunha-fonte ser a co-arguida, mas sim pelo facto de se tratar de um depoimento acerca de declarações da co-arguida obtidas de modo ilegal, já que a co-arguida apenas poderia ter sido interrogada pela primeira vez pelo juiz de instrução, não podendo os órgãos de polícia criminal obter daquela declarações e, por outro lado, as declarações da arguida deveriam ter sido reduzidas a auto.

3. Leitura de declarações prestadas pelo arguido — art. 357.º

Estabelece o art. 357.º que a leitura de declarações anteriores do arguido só é permitida quando a mesma for por este solicitada, seja qual for a entidade perante a qual foram prestadas (alínea *a*) ou quando houver contradições ou discrepâncias entre aquelas declarações e as prestadas em audiência, desde que as anteriores declarações tenham sido prestadas perante o juiz (alínea *b*)).

Da conjugação das alíneas da norma em análise resulta com evidência que o pressusposto de admissibilidade de leitura das anteriores declarações é, em primeiro lugar, que o arguido tenha renunciado, em audiência de julgamento, ao seu direito ao silêncio.

A leitura das declarações anteriores a solicitação do arguido é expressão do direito a prestar declarações na audiência de julgamento, previsto no art. 343.º, do CPP, pelo que pode o arguido conformar o âmbito das declarações, decidindo quais as que pretende ou não que sejam lidas. As declarações anteriormente prestadas pelo arguido ficam assim reservadas a uma função de meio de investigação e de informação dos restantes sujeitos processuais que poderão assim adoptar a estratégia processual mais conve-

niente de acordo com tais declarações, cuja leitura em audiência dependerá integralmente do poder dispositivo do arguido([111]).

Como características distintivas do regime português do estatuto do arguido como fonte de prova relativamente ao sistema adversarial ressaltam a protecção do arguido contra a auto-incriminação, incluindo as declarações prestadas de forma voluntária, bem como a direcção pelo juiz da estratégia e actividade material de interrogatório do arguido([112]).

Por fim, importa salientar que o art. 357.º não regula os casos de permissão de leitura de declarações anteriores ao julgamento para as situações em que o arguido não pode comparecer em audiência de julgamento. Na doutrina, Paulo Pinto de Albuquerque([113]) sustenta que as declarações anteriores não podem ser lidas, estando vedada a aplicação do art. 356.º, n.º 4.

Por outro lado, note-se que quando o art. 356.º, n.º 4 se refere a "declarantes" está a reportar-se às testemunhas, assistentes e partes civis, não sendo aplicável aos arguidos.

Seguimos neste ponto a doutrina preconizada por Sandra Oliveira e Silva([114]), segundo a qual o art. 357.º contém uma proibição implícita de valoração dos depoimentos anteriores ao julgamento nas hipóteses em que o arguido é julgado na ausência (art. 334.º, n.º 2).

O art. 357.º coloca o mesmo problema para os casos de co-arguição. Este tema será abordado no tópico seguinte.

([111]) Refere Damião da Cunha, *ob. cit.*, p. 419, que a leitura das declarações anteriormente prestadas pelo arguido não tem uma relevância probatória directa, apenas servindo como prova crítica daquelas declarações, em virtude de o arguido dispor de um direito de autodeterminação processual das suas declarações.

([112]) Paulo Dá Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do Julgamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 582.

([113]) Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 900.

([114]) Sandra Oliveira e Silva, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 249.

4. Declarações do co-arguido

Nos termos do art. 133.º, n.º 1, alínea *a*), do CPP estão impedidos de depor como testemunhas os arguidos e os co-arguidos no mesmo processo ou em processos conexos enquanto mantiverem aquela qualidade([115]).

A razão subjacente à previsão desta norma tem como fundamento uma ideia de protecção do arguido e de tutela da sua liberdade de declaração, decorrência do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. A norma protege o (co-)arguido das consequências que resultariam para ele de ter de prestar depoimento enquanto testemunha ajuramentada([116]).

Mas a consagração do direito ao silêncio provoca consequências também no âmbito da credibilidade do depoimento dos co-arguidos. Embora, o art. 345.º, n.º 4, introduzido pela revisão de 2007([117]), preceitua que "não podem valer como prova as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro co-arguido quando o declarante se recusar a responder às perguntas formuladas nos termos dos n.os 1 e 2", o que garante o exercício do contraditório, o facto é que a vigência de um abrangente direito ao silêncio coloca em causa a relevância do depoimento dos co-arguidos para efeitos de formação da convicção do tribunal. Doutro modo, como se pode depreender da análise das normas *supra* citadas, o regime das declarações dos co-arguidos gera tensões derivadas de interesses

---

([115]) Sobre a matéria da co-arguição *vide* MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento Probatório do Co-arguido*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

([116]) Neste sentido, acórdão do TC n.º 304/2004 (Proc. n.º 957/03. Relator: CONSELHEIRO ARTUR MAURÍCIO).

([117]) No domínio do regime anterior à Reforma de 2007, o TC, no acórdão n.º 524/97 considerou que a norma do n.º 2 do art. 345.º ofendia o art. 32.º da CRP ao não garantir o exercício do contraditório ao co-arguido que no processo é alvo de declarações em seu prejuízo por outro co-arguido. Em sentido diferente, segundo LEAL-HENRIQUES/ /SIMAS-SANTOS, *ob. cit.*, p. 360, a solução não deveria ser a declaração de inconstitucionalidade do mencionado preceito, mas simplesmente a livre apreciação pelo tribunal do silêncio do co-arguido que profere declarações em prejuízo de outro co-arguido mas se recusa a responder às perguntas que lhe são colocadas. Para estes autores, o que é relevante é ter em linha de conta a natureza e a relevância das questões a que o co-arguido se recusou a responder e a respectiva relevância daquelas questões no processo.

conflituantes entre co-arguidos. Ora, desta colisão de interesses resulta uma divergência doutrinária e jurisprudencial em torno da questão de saber se será admissível o depoimento do co-arguido como meio de prova quando este depoimento se revela desfavorável aos interesses dos restantes co-arguidos, sendo entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência a aceitação do depoimento do co-arguido desfavorável aos restantes co-arguidos. A complexidade da matéria centra-se, por isso, em torno da questão de saber em que termos deve aceitar-se a valoração destes depoimentos([118]). Neste domínio, Teresa Pizarro Beleza([119]) sublinha a diminuída credibilidade do depoimento do co-arguido, que deriva de vários aspectos do regime processual penal português, a saber: a previsão do direito ao silêncio do arguido e a impossibilidade de ser submetido à prestação de declarações sob juramento (art. 140.º, n.º 3, do CPP), o que impede a garantia do contraditório e lança sobre o depoimento do co-arguido uma forte dúvida sobre a veracidade das suas declarações. Com base nestes argumentos, a autora conclui que o depoimento do co-arguido constitui um meio de prova particularmente frágil que não deve ser considerado suficiente para sustentar uma condenação. Por outro lado, não tendo esse depoimento sido corroborado por outras provas, a sua credibilidade é nula([120]).

([118]) Importa fazer referência, neste âmbito, à posição doutrinária (pioneira) de RODRIGO SANTIAGO, "Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no código de processo penal de 1987", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 1, (Jan.-Mar.), 1994, p. 49, defensora da não admissibilidade da valoração como meio de prova das declarações do co-arguido relativamente aos demais co-arguidos.

([119]) TERESA PIZARRO BELEZA, "Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento do co-arguido no processo penal português", *Revista do Ministério Público*, A, Ano 19, n.º 74, (Abr.-Jun.), 1998, pp. 47 e ss.

([120]) TERESA PIZARRO BELEZA, *ob. cit*., p. 48, considera mesmo ser "…de constitucionalidade duvidosa uma interpretação das normas do Código de Processo Penal em matéria de prova que leve a pensar ser suficiente essa única forma de convencimento do tribunal.". A autora alerta, ainda, a este propósito, para "…o risco de danos irreversíveis à legalidade democrática que podem advir de uma excessiva colagem das nossas lei e prática judiciária aos modelos «inquisitoriais» estrangeiros de *pentiti* (arrependidos) e infiltrados."

O Código italiano prevê que as declarações prestadas pelo co-arguido pelo mesmo crime ou crime conexo são valoradas conjuntamente com os outros elementos de prova que lhe confirmem atendibilidade (art. 192.º, n.os 3 e 4, do CPPI). Assim, o Código italiano exige que por via de outras provas se obtenha a credibilidade das declarações do

De destacar, no mesmo sentido da doutrina exposta, o acórdão do STJ de 12-07-2006([121]). O acórdão, que segue a doutrina exposta no parecer de Figueiredo Dias junto ao processo, considerou que as declarações do co-arguido, pela sua especial fragilidade, devem ser analisadas com especial cautela, carecendo de ser submetidas a tratamento específico e retiradas do alcance do regime normal da livre apreciação da prova, impondo-se neste âmbito a aplicação da doutrina da corroboração([122]). O acórdão conclui, com base nestes argumentos, que viola o princípio da presunção da inocência a fundamentação exclusiva da condenação com base na valoração do depoimento do co-arguido.

No que concerne à leitura de declarações anteriores ao julgamento do co-arguido que responde juntamente com o arguido (situação de comunhão processual — art. 133.º, n.º 1, alínea *a*), a questão centra-se no domínio do art. 357.º, sendo admissível a leitura destas declarações em qualquer uma das hipóteses contidas na previsão da norma.

A lei não regula expressamente o regime das declarações prestadas em fase anterior ao julgamento por um co-arguido que não pode comparecer em audiência em virtude de anomalia psíquica superveniente ou por se encontrar numa situação de impossibilidade duradoura que o impeça de comparecer na audiência, nem regula as declarações do co-arguido falecido. Paulo Pinto de Albuquerque([123]) sustenta que as declarações do co-arguido falecido nunca podem ser lidas, porque o depoimento do arguido não pode ser equiparado ao de uma testemunha, já que quando produziu aquele depoimento o arguido não estava a obrigado a falar com verdade, pelo que não pode ser aplicado o art. 133.º, n.º 1, alínea *a*), conjuntamente com o

---

co-arguido. Segundo GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 5.ª ed., Lisboa, Verbo, 2008, p. 209, deveria ser esta a solução do sistema português nesta matéria.

([121]) Proc. n.º 1608/06. Relator: SOUSA FONTE.

([122]) Mencione-se que a doutrina da corroboração traduz-se na exigência de que as declarações do co-arguido só fundamentem a prova de um facto criminalmente relevante quando exista alguma prova adicional a tornar provável a história do co-arguido e razoavelmente seguro decidir com base nas suas declarações.

([123]) PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, pp. 899 e 900.

art. 356.º, n.º 4([124]). Por isso, para Paulo Pinto de Albuquerque, o regime de transmissibilidade probatória das declarações do co-arguido (art. 133.º, n.º 1, alínea *a*)) que vem a padecer de anomalia psíquica superveniente ou que se encontra numa situação de impossibilidade douradoura que o impede de comparecer na audiência não é em nenhuma hipótese regulado pelo art. 356.º. Quando, nos termos do n.º 4 desta norma, se alude às declarações prestadas por "declarantes" que "não tiverem podido comparecer por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoira", pretende-se aqui regular as declarações de testemunhas, assistentes e partes civis e não as declarações dos co-arguidos([125]).

Para além da concordância com os argumentos apresentados por Paulo Pinto de Albuquerque, cremos que o art. 357.º contém uma proibição implícita de valoração das declarações anteriormente prestadas do co-arguido que não pode comparecer em audiência por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoura.

O art. 133.º n.º 2 prevê os casos de separações de processos para os co-arguidos que respondem pelo mesmo crime ou por crime conexo, matéria em que o direito ao silêncio([126]) do co-arguido constitui um direito subjectivo da testemunha e não do

---

([124]) A aplicação conjugada dos artigos constituiria, segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, uma inadmissível aplicação analógica de um preceito excepcional.

([125]) Em sentido contrário à posição sustenta por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, MEDINA DE SEIÇA, *ob. cit.*, p. 137, sustenta a pemissão de leitura das declarações anteriores ao julgamento do arguido que não pode comparecer na audiência com algum dos fundamentos do n.º 4 do art. 356.º, com a condição de que as declarações tenham sido prestadas na presença do defensor do arguido que está a ser julgado e em relação ao qual a leitura das declarações terá eficácia ou quando essa leitura seja requerida por um co-arguido que se encontra em julgamento.

([126]) Mencione-se que o Tribunal Constitucional, nos acórdãos n.º 304/2004 e n.º 181/2005 reconduziu a tutela do art. 133.º, n.º 2, à prerrogativa contra a auto-incriminação. No que concerne ao alcance do n.º 2 do art. 133.º, o tribunal concluiu, no acórdão n.º 181/2005 (Proc. n.º 923/04. Relator: CONSELHEIRO PAULO MOTA PINTO), que não é desconforme à CRP a interpretação deste preceito no sentido em que não é exigível o consentimento para o depoimento, como testemunha, de anterior co-arguido cujo processo, tendo sido separado, foi já objecto de decisão transitada em julgado. Aliás, o tribunal afirmou que o impedimento para depor cessa no caso de o co-arguido deixar de o ser no processo separado por qualquer forma por que o procedimento criminal se extinga.

arguido no respectivo julgamento([127]). Nesta matéria, ressalta a decisão do TC no acórdão 304/2004 que considerou que os direitos fundamentais do arguido no processo não são atingidos pelo facto de a testemunha (arguido por crime conexo ou em processo separado) não ser advertida do direito ao silêncio. Por isso, para o TC, os interesses processuais dos arguidos de um mesmo crime ou de um crime conexo no caso de separação de processos são autónomos dos interesses do arguido que se encontra a ser julgado. Em sentido contrário, para Paulo Pinto de Albuquerque([128]) a falta de liberdade do depoimento da testemunha que não foi advertida do respectivo direito ao silêncio contamina a prova testemunhal produzida até um ponto em que as garantias de defesa no processo em que a prova foi produzida são irremediavelmente atingidas.

Note-se, por outro lado e como salienta Paulo Dá Mesquita([129]), que o regime das declarações anteriores ao julgamento aplicado aos casos de separação de processos regulados no art. 133.º n.º 2 repercute-se no direito de contraditório do arguido, já que a recusa da testemunha em depor (por via do art. 356.º, n.º 6), implicará a proibição de valoração como prova das declarações anteriormente prestadas pela testemunha.

Em relação às declarações extra-processuais de arguido pelo mesmo crime ou crime conexo no caso de separação de processos (art. 133.º, n.º 2), a matéria é regulada pelo regime do depoimento indirecto, tema que tem sido alvo de atenção por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem([130]) que tem recorrido ao conceito de indisponibilidade da fonte de prova para depor para admitir o recurso à leitura de declarações anteriores ao julgamento.

([127]) Neste sentido Paulo Dá Mesquita, *ob. cit.*, p. 594, e acórdão do TC n.º 304/2004 que reconduz a tutela consagrado no art. 133.º, n.º 2, à garantia contra a autoincriminação, uma posição, de resto, bastante difundida na doutrina. Com efeito, com esta perspectiva veja-se, por exemplo, Germano Marques da Silva, *ob. cit.*, p. 208.

([128]) Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, p. 355.

([129]) Paulo Dá Mesquita, *ob. cit.*, p. 595.

([130]) A matéria será desenvolvida no Capítulo III aquando da análise da jurisprudência do TEDH em matéria de utilização de declarações anteriores ao julgamento.

5. Excepção à regra de intransmissibilidade probatória — autos processuais e declarações de peritos com valor para o efeito de formação da convicção do tribunal

Em matéria de leitura de declarações em audiência de julgamento apresenta-se como excepcional o regime contido no art. 356.º, n.º 1, alínea *b*), do CPP que admite a leitura em audiência de autos do inquérito e da instrução que não contenham declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou das testemunhas([131]). Regra de transmissibilidade probatória dos autos processuais que configura uma excepção à regra geral e que prevê o regime dos autos que podem valer para o efeito de formação da convicção do tribunal.

Em concordância com esta regra de transmissibilidade probatória, o art. 323.º, alínea *b*), permite, durante a audiência, que o presidente ordene "a reprodução de quaisquer declarações legalmente admissíveis, sempre que o entender necessário à descoberta da verdade", prevendo-se um dever de análise dos autos na alínea *c*) do art. 323.º.

Nesta matéria, sobressai a actividade de recolha de prova realizada pelos órgãos de polícia criminal, que deve ser documentada e que pode ser reproduzida em audiência. Integram-se igualmente na previsão da alínea *b*) do n.º 1 do art. 356.º, estando admitida a sua reprodução em audiência, os autos que contenham a prova por reconhecimento em sentido estrito e a reconstituição do facto([132]).

([131]) Veja-se, em coerência com este preceito, a previsão contida no art. 323.º, alínea *c*), que prevê que durante a audiência o presidente pode ordenar a leitura de documentos ou de autos de inquérito ou de instrução, sempre que a leitura dos mesmos seja legalmente admissível.

([132]) Como nota PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 620, a permissão de reprodução em audiência de julgamento do acto de reconhecimento justifica-se pelo facto de este não integrar o conceito de declarações processuais. Ora, o que sucede é que não é comparável a importância da intervenção das partes na prova testemunhal comparativamente ao papel residual das partes na prova por reconhecimento. Por outro lado, considera o autor que a transmissibilidade probatória da prova por reconhecimento não representa, no Direito Português, qualquer diminuição dos direitos de contraditório da defesa por comparação com o Direito Norte-americano, uma vez que também no Direito nacional existe o entendimento de que esta prova só pode valer para o efeito de formação da convicção do tribunal se existir possibilidade de contra-inquirição da fonte pessoal de prova no julgamento.

De cariz igualmente excepcional é o regime da leitura das declarações anteriores ao julgamento de peritos([133]) e consultores técnicos. O art. 356.º não regula a leitura em audiência dos autos e relatórios juntos aos autos nas fases de inquérito ou de instrução, pelo que vigora nesta matéria um princípio de transmissibilidade probatória, sendo assim permitida, através de uma interpretação *a contrario* da referida norma, a sua leitura independentemente da fase processual em que foram realizados e da presença do respectivo autor na audiência([134]).

([133]) Desde a Revisão de 2007 os peritos estão impedidos de depor como testemunhas em relação às perícias que realizarem, nos termos do art. 133.º, n.º 1, alínea *d*), do CPP. Na opinião de Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5.ª ed., Lisboa, Verbo, 2008, p.167, o impedimento "…foi determinado por uma prática incorrecta dos tribunais que em caso de reconhecida suspeição dos peritos os inquiria como testemunhas".

De referir, relativamente às declarações periciais, o entendimento do TEDH no sentido em que o conceito de testemunhas previsto no art. 6.º, n.º 3, alínea *d*), da CEDH não inclui os peritos, embora se defenda um direito ao contraditório em relação às declarações periciais, à luz do art. 6.º, n.º 1, da CEDH (cf. BALSYTÉ-LIDEIKIENÉ c. Lituânia, 4-11-2008, §§ 63 e 66).

Adianta PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 623, que o impedimento de o perito depor como testemunha relativamente a um conjunto de actos concretos e percepções envolvidos no procedimento pericial constitui um "desvio funcional". O autor procura demonstrar a afirmação fornecendo como exemplos os casos de transmissão e manuseamento de amostras ou de vestígios, casos em que existe uma dimensão relativa ao juízo pericial sobre a análise o qual pode conter vertentes que não integram o conceito de declarações, já que correspondem, na prática, a uma resposta mecânica, pelo que são transmissíveis como prova independentemente das declarações dos peritos. Como tal, no entendimento doutrinário preconizado pelo autor, o art. 133.º, n.º 1, alínea *d*), introduzida pela Revisão de 2007 não atende ao facto de na realização das perícias existir este conjunto de tarefas e procedimentos autónomos do juízo pericial e que se traduzem em percepções transmissíveis narrativamente.

Na Acta 24 da Unidade de Missão para a Reforma Penal (2005/07) pode ler-se a posição defendida pelo representante do Instituto Nacional de Medicina Legal, FRANCISCO CORTE-REAL, no sentido em que os peritos não devem ser ouvidos como testemunhas.

([134]) Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 894.

CAPÍTULO III

Declarações anteriores ao julgamento, CEDH e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

1. Declarações anteriores ao julgamento no quadro da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A forma como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem analisa a temática das declarações anteriores ao julgamento está directamente relacionada com o desenvolvimento jurisprudencial que tem concedido à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O art. 6.º da CEDH constitui a principal matriz de referência das decisões do Tribunal Europeu em matéria de transmissibilidade das declarações anteriores ao julgamento em que avultam primacialmente as garantias do direito a um processo equitativo e o respeito pelo contraditório. Com efeito, a permissão de acesso a declarações prestadas em fase anterior ao julgamento está condicionada pelos imperativos consagrados no art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *d*) — a consagração do direito ao processo equitativo e, como seu corolário, o direito de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação. O conceito de testemunha para efeitos desta norma deve ser entendido de forma ampla, de modo a abranger os co-arguidos([135]). O termo não inclui os peritos que são expressamente excluídos do conceito de testemunhas pelo TEDH, embora subsista um direito ao contraditório relativamente às declarações periciais que, na perspectiva do Tribunal Europeu, é tutelado pelo n.º 1 do art. 6.º da Convenção([136]).

Importa, por isso, neste ponto, identificar as principais linhas de orientação do TEDH na ponderação da utilização das declarações anteriores ao julgamento, a partir do desenvolvimento jurisprudencial concedido ao art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *d*), da CEDH.

([135]) Acórdão KASTE e MATHISEN c. Noruega, de 9-11-2006.

([136]) Neste sentido, veja-se o acórdão BALSYTÉ-LIDEIKIENÉ c. Lituânia, de 4-11-2008.

1.1. Declarações anteriores ao julgamento e jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Em matéria de permissão de leitura e valoração de declarações anteriores ao julgamento, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem apresentado uma perspectiva linear — o princípio do contraditório não impede que as autoridades nacionais possam, em face de determinadas circunstâncias, valorar declarações prestadas em fase anterior ao julgamento, mesmo que a defesa não tenha tido a possibilidade de exercer a contra-inquirição relativamente às testemunhas de acusação. Por outro lado, para o TEDH o depoimento prestado em fase anterior ao julgamento por uma testemunha perante as autoridades judiciárias ou perante órgãos de polícia criminal pode ser lido na audiência e valorado para efeitos de decisão, desde que a defesa tenha tido a possibilidade de interrogar ou fazer interrogar a testemunha. Apesar da enunciação de regras gerais, o TEDH não tem definido um conjunto de parâmetros claros sobre as condições exigidas para que possam ser valoradas as declarações anteriores([137]).

No acórdão Unterpertinger c. Áustria([138]) o TEDH pronunciou-se relativamente a uma possível violação do art. 6.º da Convenção, designadamente do direito de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação, num caso em que teve de apreciar a utilização como prova na condenação dos depoimentos de testemunhas que não prestaram depoimento em audiência e em relação às quais o arguido não teve a oportunidade de contra-inquirir.

O arguido, o Sr. Unterpertinger, foi acusado de agressões à cônjuge e à enteada que relataram os factos à polícia mas que em audiência decidiram permanecer em silêncio, ao abrigo da prerrogativa de silêncio familiar concedida pela lei austríaca.

([137]) Nota ainda Paulo Dá Mesquita, *ob. cit.*, p. 436, nota 36, que o TEDH prescinde, nalguns acórdãos, de uma avaliação especificada das circunstâncias que justificam a utilização das declarações anteriores nos casos em que a defesa não teve a possibilidade de exercer a contra-inquirição e que é consequência, na óptica do autor, do modelo argumentativo adoptado em determinadas decisões e não da assunção de uma diferente metodologia ou de uma pretendida rotura jurisprudencial contra os arestos em que em que se exige uma ponderação discriminada.

([138]) Acórdão de 24.11.1986.

O Tribunal Europeu começou por afirmar que a valoração de depoimentos prestados em fase anterior sem que a defesa tenha tido a possibilidade de formular ou propor perguntas não constitui uma violação do direito previsto no art. 6.º, n.º 3, alínea *d*), da CEDH, desde que a utilização daqueles depoimentos como prova da condenação respeite os direitos de defesa. Contudo, no caso concreto, o TEDH acabou por concluir que as declarações prestadas pela esposa e pela enteada([139]) à polícia foram determinantes para a condenação do arguido e, como tal, este não beneficiou de um processo equitativo, tendo havido violação do art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *d*).

Salienta Paulo Dá Mesquita([140]) que no acórdão Unterpertinger o Tribunal Europeu estabeleceu uma matriz argumentativa que se mantém até à actualidade e que compreende a ideia de que se deve analisar o direito a um processo equitativo como um todo, a renúncia ao imperativo da proibição abstracta de prova e a ponderação do peso a nível probatório na condenação das declarações prévias de testemunhas relativamente às quais o arguido não teve oportunidade, como impõe o art. 6.º, n.º 3, alínea *d*), da CEDH, de interrogar ou fazer interrogar.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu, a recolha antecipada de declarações que são posteriormente utilizadas em audiência de julgamento, mas em que a defesa tem a oportunidade de intervir no acto de recolha não implica necessariamente a violação do art. 6.º da CEDH. O mesmo sucede com a utilização em audiência de julgamento de dclarações prestadas em fase anterior por uma testemunha que a defesa tem a possibilidade de inquirir em audiência. Por isso, para o Tribunal Europeu a antecipação do depoimento de forma a respeitar o princípio do contraditório permite fazer relevar as anteriores declarações. O tribunal considera como contraditório adequado para efeitos de respeito das garantias de defesa do arguido a possibilidade plena de colocar questões, ainda que sem contacto directo com a testemunha. Ainda

---

([139]) A prerrogativa de silêncio familiar da ex-cônjuge (à data da decisão do TEDH tinha já sido decretado o divórcio) e da enteada foi considerada legítima atendendo à necessidade de as salvaguardar de um "dilema moral".

([140]) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 424.

assim, o Tribunal considera que deve ser respeitado o princípio da imediação, tendo em conta que constitui um elemento importante do processo equitativo a possibilidade de o arguido ser confrontado com as testemunhas na presença do juiz, princípio da imediação aliás relevante em sede de procedimentos criminais em que a observação do comportamento e a aferição da credibilidade das testemunhas podem ter consequências para o arguido([141]). Mas o direito da defesa à contra-inquirição tem como consequência um dever positivo de os Estados praticarem os actos necessários para a respectiva efectivação do direito, embora a margem concedida aos tribunais para definir a conveniência e necessidade da inquirição da testemunha seja ampla, já que só em situações excepcionais é que o TEDH considera que a não inquirição de uma testemunha contende com o art. 6.º([142]) e para se considerar violado o preceito é necessário que o tribunal conclua que a inquirição da testemunha era necessária à descoberta da verdade e que a não audição atentou contra os direitos de defesa do arguido.

Na jurisprudência do Tribunal Europeu é possível descortinar como causas legitimadoras do acesso a declarações anteriores a indisponibilidade da fonte de prova para prestar declarações em audiência de julgamento, sendo que esta impossibilidade pode derivar de causas naturalísticas, de que são exemplo a morte([143]) ou incapacidade psíquica superveniente da testemunha, a impossibilidade de fazer comparecer a testemunha em audiência([144]) e o exercício pela testemunha do direito de recusa de depoimento, casos em que avulta a protecção do direito ao silêncio e, em particular, a prerrogativa de silêncio familiar([145]). É exemplo desta orientação

---

([141]) Acórdão PK c. Finlândia, de 9-07-2002.

([142]) Neste sentido, vejam-se os acórdãos Bricmont c. Bélgica, de 7-07-89, Destrehem c. França, de 18-05-2004, S.N. c. Suécia, de 10-06-2002 e Vaturi c. França, de 13-04-2006.

([143]) Acórdão Ferrantelli e Santangelo c. Itália, de 7-08-96.

([144]) Os casos de impossibilidade de comparência em audiência estão relacionados, entre outros motivos, com a não localização da testemunha, apesar de terem sido encetadas diligências para esse efeito. A este propósito, vejam-se os acórdãos Kollcaku c. Itália, de 8-02-2007 e Calabrò c. Itália, de 21-03-2002.

([145]) Acórdão Unterpertinger c. Áustria, de 24-11-86, acórdão Asch c. Áustria, de 26-04-91 e Sofri e outros c. Itália, de 7-03-2003.

jurisprudencial o acórdão Asch c. Áustria([146]). O acórdão incidiu sobre a questão de saber se foi concedido ao Sr. Asch as possibilidades efectivas de acesso a um processo equitativo face às circunstâncias em que foi baseada a sua condenação.

O Sr. Asch foi acusado de agressões à sua companheira que em audiência de julgamento permaneceu em silêncio, exercendo a prerrogativa de silêncio familiar.

O arguido foi condenado em multa pelo crime de ofensas à integridade física com base no depoimento indirecto prestado pelo órgão de polícia criminal que relatou as agressões que a companheira do arguido descrevera à polícia, para além de ter sido diagnosticado um temperamento irascível e imprevisível ao arguido. Refira-se, ainda, que o depoimento indirecto sobre as declarações prestadas pela testemunha foi corroborado pelo diagnóstico do médico que avaliou o estado em que se encontrava a vítima.

O Tribunal Europeu aceitou esta decisão e concluiu que o depoimento de uma testemunha não tem de ser sempre realizado num tribunal e em público para ser admitido como prova([147]), tendo concluído que não houve violação do art. 6.º da Convenção, embora tenha afirmado que, em geral, toda a prova deve ser normalmente produzida em audiência pública na presença do arguido e com a possibilidade de argumentação adversarial([148]). O TEDH salientou ainda, no seguimento de uma linha jurisprudencial contínua que a função do tribunal consiste em pesquisar se o processo analisado no seu conjunto, incluindo o modo de apresentação dos meios de prova, revestiu um carácter equitativo.

Para o TEDH não basta que se verifique uma destas situações de indisponibilidade da testemunha depor em audiência para que se conclua que é legítimo recorrer a declarações prestadas anteriormente, sendo ainda necessário, como se constatou pela análise do acórdão Unterpertinger, avaliar o carácter decisivo destas declara-

---

([146]) Acórdão de 26-04-1991.

([147]) Para o TEDH a utilização como prova em audiência de julgamento de declarações obtidas na fase de investigação policial e na fase de inquérito não é por si só incompatível com o art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *d*), da CEDH. Neste sentido, pode ver-se o acórdão W.C. c. Finlândia, de 24-04-2007.

([148]) *Vide*, entre outros, Acórdão Mesesnel c. Eslovénia, de 28-02-2013.

ções na condenação para se concluir pela admissibilidade da sua utilização. Foi este aspecto que o TEDH tomou em consideração no acórdão P.S. c. Alemanha([149]). O acórdão P.S. c. Alemanha levou o Tribunal Europeu a analisar a condenação de um professor de música por um crime de violação a uma aluna, com oito anos de idade.

Em audiência de julgamento e com o objectivo de proteger a vítima foi decidido que esta não estaria presente, não tendo por isso prestado declarações, pelo que a condenação do arguido foi baseada somente nas declarações da mãe da vítima e do agente policial que recebeu a prestação de depoimento da mãe da vítima logo após os factos.

O TEDH considerou que a condenação do arguido com base no depoimento indirecto da mãe da vítima e do agente policial que a ouviu logo após os factos é incompatível com a CEDH, tendo concluído pela violação do art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *d*), da CEDH.

Também Portugal foi alvo de uma queixa no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pelo peso na fundamentação da condenação com base nas declarações anteriormente obtidas. No acórdão Panasenko c. Portugal([150]) o tribunal reiterou que os direitos de defesa são restringidos de modo incompatível com o art. 6.º da CEDH sempre que uma condenação é fundada "unicamente ou em medida determinante" em depoimentos prestados por testemunhas que o arguido não pode interrogar ou fazer interrogar nem durante a instrução, nem em audiência de julgamento. O TEDH concluiria pela não violação do art. 6.º da CEDH, tendo em consideração que a prova decorrente dos depoimentos das testemunhas não foi "determinante" para fundamentar a condenação do queixoso.

Outra linha jurisprudencial do TEDH contínua em matéria de declarações anteriores ao julgamento encontra-se na irrelevância do mediador comunicacional na audiência de julgamento para a

---

([149]) Acórdão de 20-12-2001, da 3ª secção. Mas também noutros acórdãos o TEDH analisou o impacto da valoração das declarações anteriores na condenação: Acórdãos Saïdi c. França, de 20-09-1993, Lucà c. Itália, de 27-02-2001, A.M. c. Itália, de 14-12-1999, Gossa c. Polónia, de 9-01-2007, Miriashvili c. Rússia, de 11-12-2008 e Craxi c. Itália, de 5-12-2002 e Doorson c. Holanda, de 23-04-1997.

([150]) Acórdão Panasenko c. Portugal, de 22-10-2008.

avaliação do contraditório relativamente a declarações passadas. O TEDH não distingue entre a leitura de declarações([151]), o depoimento de ouvir-dizer de um agente policial responsável pela recolha de depoimentos([152]) ou a utilização do registo áudio e som das declarações anteriores ao julgamento([153]), mas nos casos em que se considera legítima a produção e valoração da prova sem contraditório (mesmo nos casos de contraditório antecipado ou diferido), o TEDH atende à relação da defesa com o mediador para determinar se há respeito pela garantia do processo equitativo.

Outro aspecto decisivo para as ponderações encetadas pelo TEDH nesta matéria respeita aos valores que podem entrar em colisão com o interesse da defesa de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas, como é o caso dos interesses repressivos, relativos à gravidade do crime e ao grau de dificuldade de obtenção da prova e os interesses da testemunhas e das vítimas([154]), analisados no caso concreto. O Tribunal Europeu teve em conta a importância de assegurar a eficácia da investigação criminal no recurso a agentes infiltrados no acórdão Lüdi c. Suiça([155]). Tratou-se, no presente

---

([151]) Acórdão UNTERPERTINGER c. Áustria e Acórdão GOSSA c. Polónia, de 9-01--2007.

([152]) Acórdão WINDISH c. Áustria, de 24-11-86, acórdão HAAS c. Alemanha, de 17--11-2005 e ASCH c. Áustria.

([153]) Acórdão B. c. Finlândia, de 24-04-2007.

([154]) O TEDH encetou ponderações relativas aos interesses das vítimas quanto à necessidade de salvaguardar a respectiva privacidade no acórdão B. c. Finlândia, de 24-04--2007, no acórdão JERINÒ c. Itália, de 2-06-2005, por ser necessário proteger a vítima de eventuais represálias. Interesses da vítima também salvaguardados em situações em que o TEDH pretende proteger a vítima de um "dilema moral", as situações de exercício da prerrogativa familiar, de que constitui exemplo o já citado acórdão UNTERPERTINGER c. Áustria. O TEDH procedeu a ponderações quanto à necessidade de salvaguardar a segurança das vítimas nos acórdãos KOSTOVSKI c. Holanda, de 20-11-1989 e DOORSON c. Holanda, de 26--03-1996. No acórdão VAN MECHELEN e outros c. Holanda, de 23-04-1997, o TEDH concluiu que no caso em análise não existiam motivos suficientes para manter o anonimato das testemunhas, agentes policiais sobre quem impende um dever de colaboração com a Justiça por no caso concreto não se vislumbrarem riscos de eventuais represálias para os agentes polciais ou para as respectivas famílias. Para uma análise da decisão *vide* ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, "Anotação ao acórdão *Van Mechelen et autres*", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, Fasc. 1, (Jan.-Mar.), 1999, pp. 131-169.

([155]) Acórdão de 15-06-1992. As ponderações de valores conflituantes encetadas pelo TEDH que permitem restrições à concretização do princípio do contraditório foram

caso, de uma investigação realizada com recurso a um agente infiltrado e escutas telefónicas num crime de tráfico de estupefacientes, tendo o arguido sido condenado por este crime. Os tribunais suíços sempre recusaram facultar a verdadeira identidade do agente infiltrado (com o nome fictício "Toni"), bem como chamar este agente a depor em audiência, assim vedando ao arguido a possibilidade de contraditar em audiência de julgamento os depoimentos prestados por aquele agente. Consideraram os tribunais estar em causa o interesse público na prossecução deste tipo de crimes com recurso a agentes infiltrados, casos em que importa salvaguardar o anonimato destes agentes.

O Tribunal Europeu considerou que no caso concreto o facto de os tribunais suíços não terem ouvido o agente infiltrado implicou uma impossibilidade para o Sr. Lüdi de em qualquer fase interrogar o agente infiltrado, pôr em causa a credibilidade do seu depoimento ou fornecer aos juízes uma comparação entre as declarações de ambos. O TEDH concluiu, assim, pela violação do art. 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea *d*), da CEDH tendo reiterado que o papel do tribunal consiste em avaliar o processo no seu conjunto, incluindo o modo de apresentação e avaliação das provas respeitou ou não a exigência de um processo equitativo.

Em matéria de declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento, o TEDH considera que podem ser utilizados contra aquele desde que verificado o respeito pelas garantias essenciais, a prerrogativa contra a auto-incriminação e o direito à assistência de defensor e isto mesmo que o arguido decida permanecer em silên-

---

acolhidas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no acórdão PUPINO. O acórdão analisou a legislação italiana que permite a antecipação de recolha de depoimentos sem necessidade de posterior repetição e para efeitos de valoração em termos probatórios e concluiu que a premência de concretizar os objectivos previstos pela decisão-quadro sobre o estatuto da vítima em processo penal impõe que um órgão jurisdicional nacional tenha a possibilidade de utilizar o mecanismo previsto na lei italiana se este "der melhor resposta à situação dessas vítimas e se impuser para prevenir a perda dos elementos de prova, para reduzir ao mínimo a repetição dos interrogatórios e para evitar as consequências prejudiciais, para as referidas vítimas, do seu depoimento em audiência pública" — Case C-105/03, de 16-06-2005, § 56. Neste acórdão, o TJCE considerou as normas da CEDH princípios do Direito Comunitário, em particular o do processo equitativo, nos termos em que é interpretado pelo TEDH.

cio em audiência de julgamento. Como salienta Paulo Dá Mesquita([156]), não existe qualquer direito ao apagamento do que o arguido disse, pelo que o respeito pela garantia do processo equitativo implica somente que o arguido tenha a possibilidade de apresentar a sua versão dos factos, sem que tal opção condicione o poder do Estado de recorrer à utilização de declarações prestadas em fase anterior ao julgamento([157]).

CAPÍTULO IV

A revisão de 2013 ao Código de Processo Penal

1. A Proposta de Lei n.º 77/XII e a Lei n.º 20/2013

Foi publicada em Diário da República([158]) a Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro que procede à vigésima alteração ao Código de Processo Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87 de 17 de Fevereiro. A lei procede à alteração de um total de 50 artigos em matérias como a assistência por defensor, a aplicação de medidas de coacção, suspensão provisória de processo, processo sumário e admissibilidade de recursos para o Supremo Tribunal de Justiça. Iremos apenas tratar, porque relacionado com o âmbito do presente trabalho, o regime, agora também modificado, das declarações prestadas em fase anterior ao julgamento (arts. 356.º e 357.º), assim como a matéria relativa aos antecedentes criminais, também

---

([156]) Paulo Dá Mesquita, *ob. cit.*, p. 436.

([157]) No acórdão De Lorenzo c. Itália, de 12-02-2004, o TEDH assumiu uma posição inequívoca no que respeita à interpretação da CEDH, afirmando que este instrumento não deve ser interpretado no sentido de exigir que um acusado que teve a oportunidade de contribuir com a sua versão dos factos nas diferentes fases do processo tenha de manifestar a sua vontade em prestar declarações em cada uma destas fases.

([158]) *Diário da República*, I Série, n.º 37 de 21 de Fevereiro de 2013.

modificada pela presente lei e que apresenta directa conexão com a matéria aqui tratada do direito ao silêncio.

Foi também apresentada à Assembleia da República em 7 de Julho de 2012 o Projecto de Lei n.º 266/XII (PCP) que propunha alterações ao CPP "estabelecendo a obrigatoriedade de assistência do arguido por defensor no inquérito e garantindo maior celeridade no julgamento da criminalidade de menor gravidade".

A Lei n.º 20/2013 teve por base a Proposta de Lei n.º 77/XII do Governo apresentada em 21 de Junho de 2012 à Assembleia da República e aprovada na generalidade com os votos favoráveis do PSD e CDS/PP e os votos contra do PS, PCP, BE e PEV.

A proposta foi apreciada na especialidade, tendo os Grupos Parlamentares do PS, BE e PCP apresentado projectos de lei com alterações ao CPP que contudo, foram rejeitados.

A proposta viria a ser sujeita a alterações e foi aprovada através da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro. O processo de revisão do CPP contou com a participação de representantes de diversos sectores da Justiça e docentes universitários que tiverem a oportunidade de elaborar pareceres de apreciação crítica das alterações contidas na Proposta n.º 77/XII. À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa foi também solicitado que se pronunciasse sobre a Proposta de Lei n.º 77/XII e ainda sobre a Proposta n.º 266/XII 1.ª (PCP). A Faculdade organizou ainda um colóquio especialmente destinado a debater as propostas de alteração ao Código Penal e ao Código de Processo Penal([159]).

A Lei n.º 20/2013 não contém, à semelhança das anteriores Leis n.º 48/2007 e n.º 26/2010, nenhuma exposição de motivos, nota justificativa ou preâmbulo. Mas pode afirmar-se que foi impulsionada por uma generalizada crítica, oriunda sobretudo das magistraturas, no tocante ao regime vigente das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento e que propugnava uma maximização do aproveitamento probatório destas declarações, designadamente sempre que tivessem sido prestadas na pre-

---

([159]) Colóquio intitulado "As propostas de alteração do Código Penal e do Código de Processo Penal", realizado a 4 de Dezembro de 2012. O programa do Colóquio encontra-se disponível em <http://idpcc.pt.>.

sença de defensor e desde que o arguido tivesse sido advertido do respectivo direito ao silêncio.

Na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 77/XII pode ler-se o propósito de se alcançar uma adequação entre, por um lado, a necessidade de eficácia de combate ao crime e à defesa da sociedade e, por outro, a garantia dos direitos de defesa do arguido. Na nova Revisão do CPP ressalta um propósito de modificar aspectos pontuais com o objectivo de reforçar a credibilidade dos cidadãos na Justiça, reformulando a opinião e os sentimentos colectivos e dotando o sistema judicial de uma maior eficácia. As alterações introduzidas pela nova lei não se restringem, contudo, a modificações meramente correctivas. Pelo contrário, a nova lei inverte o sentido da Reforma de 2007([160]) e constitui mesmo, para Paulo Sousa Mendes([161]), uma suberversão da estrutura acusatória do processo penal português com ofensa de um conjunto de princípios processuais penais, embora não seja assumida uma intenção de redefinir ou reinterpretar a estrutura acusatória do processo penal português. Nos próximos pontos iremos concretizar estas ideias e analisar em que medida é que o novo regime jurídico afecta garantias essenciais do processo penal português. Veremos, no que concerne em específico ao regime das declarações prestadas por testemunhas em fase anterior ao julgamento, ao regime das declarações prestadas pelo arguido e à matéria relativa aos antecedentes criminais, as alterações efectuadas ao regime pela Lei n.º 20/2013 e as implicações de fundo que a Lei provoca.

([160]) Neste sentido, veja-se o Parecer de Maria Fernanda Palma, "Análise das propostas de alteração legislativa em matéria penal e processual penal", disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93773>.

([161]) Paulo Sousa Mendes, "A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento", AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 1379.

1.1. Obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais

Em matéria de antecedentes criminais a Lei n.º 20/2013 elimina a obrigatoriedade de o arguido responder relativamente aos seus antecedentes criminais em qualquer fase processual. Altera, por isso, o art. 61.º, n.º 3, alínea *b*) que estabelecia como dever processual a obrigação de o arguido responder com verdade relativamente aos seus antecedentes criminais em todos os momentos exigidos pela lei e altera, de forma concordante, o art. 141.º, n.º 3, do CPP que estabelecia a obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais no primeiro interrogatório judicial. Concomitantemente, o art. 359.º, n.º 2, do Código Penal foi alterado com vista a eliminar a respectiva incriminação([162]). Na exposição de motivos da proposta apenas se refere: "a obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais, que já tinha sido eliminada na fase de julgamento, é agora eliminada relativamente a todas as fases do processo". Nenhum dos Grupos Parlamentares avançou com propostas de modificação do regime da obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais.

O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 695/95, tinha já declarado a inconstitucionalidade, com fundamento no direito ao silêncio, do art. 342.º do CPP que impunha a obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais no início da audiência de julgamento, uma concretização jurisprudencial da orientação, já manifestada pela doutrina portuguesa, de que o artigo em causa ofendia a CRP([163]). O legislador acompanhou a

---

([162]) A alteração teve na sua base a Proposta de Lei n.º 75/XII. Refira-se ainda o acórdão do STJ de fixação de jurisprudência n.º 9/2007, de 14-03-2007 (disponível em <http://www.dre.pt>) que fixou jurisprudência no sentido em que o arguido, caso esteja em liberdade e se for interrogado nos termos do art. 144.º e legalmente advertido e ainda assim prestar falsas declarações a respeito dos seus antecedentes criminais incorre na prática do crime de falsidade de declaração, nos termos do art. 359.º, n.os 1 e 2, do CP, embora com voto de vencido de Maia Costa por considerar desproporcionada a colaboração por parte do arguido com a Justiça.

([163]) Fernanda Palma, "A Constitucionalidade do art. 342.º do Código de Processo Penal: o direito ao silêncio do arguido", *Revista do Ministério Público*, 15, n.º 60, (Out.-Dez.), 1995, pp. 101-110, pronunciava-se no sentido de que o art. 342.º do CPP ofen-

orientação de inconstitucionalidade e eliminou tal obrigatoriedade através da Lei de Autorização Legislativa n.º 90-B/95 e do Decreto-Lei autorizado n.º 317/95. Contudo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional não seguia o mesmo entendimento acerca da obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais no primeiro interrogatório judicial de arguido detido (art. 141.º) assim como, por extensão do regime, nos interrogatórios não judiciais de arguido detido (art. 143.º, n.º 2) e nos interrogatórios de arguido em liberdade (art. 144.º, n.º 1). Exemplos desta orientação jurisprudencial podem encontrar-se nos acórdãos n.os 127/2007([164]) e 372/98([165]), com fundamento na ideia de que tal imposição legal, embora constitua uma ofensa ao princípio *nemo tenetur* traduz-se numa restrição admissível do princípio por não ser uma obrigação de declaração em audiência pública e por não constituírem declarações relativas à questão da culpabilidade e ainda por não existirem outros meios institucionais de obter a informação em tempo útil.

Refira-se que o dever de o arguido responder acerca dos seus antecedentes criminais em momentos anteriores à fase de julgamento era considerada inconstitucional por Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos([166]), por ofender o direito à não auto-incriminação, uma vez que o arguido faz declarações a que o juiz terá facilmente acesso e, por outro lado, tais declarações são feitas perante o juiz de instrução que tem por competências aplicar medidas de coacção. Neste sentido, ao fornecer informações sobre os seus antecedentes criminais o arguido contribui para a criação de uma imagem negativa a seu respeito que poderá resultar no decretamento da prisão preventiva, o que resulta numa distorção do princípio da presunção de inocência e do direito a um processo

---

dia o direito ao silêncio do arguido e o princípio da necessidade da pena (art. 18.º, n.º 2, da CRP).

([164]) Proc. n.º 794/06. Relatora: Conselheira Maria Helena Brito.

([165]) Proc. n.º 22/97. Relator: Conselheiro Vítor Nunes de Almeida. Na doutrina, adopta o entendimento acolhido neste acórdão Fábio Loureiro, *ob. cit.*, pp. 81 e 82.

([166]) Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 20 e 21.

equitativo. Em sentido convergente, Figueiredo Dias([167]) preconizava uma linha doutrinária defensora da não obrigatoriedade do arguido responder sobre os seus antecedentes criminais sem que tenha sido alcançado o momento de determinação da medida da pena, "como forma óptima de preservar a impassibilidade judicial"([168]).

A eliminação do dever do arguido responder sobre os seus antecedentes criminais vem assim corresponder à orientação já largamente difundida na doutrina sobre esta matéria.

Não é assim difícil perceber a aceitação unívoca por parte da doutrina da alteração que a Proposta de Lei n.º 77/XII preconizava. Vânia Costa Ramos, em parecer([169]) solicitado pelo Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa aceita a modificação ao regime em causa, considerando-o adequado do ponto de vista político-criminal (atendendo à falta de fidedignidade das declarações prestadas pelo arguido quanto aos seus antecedentes criminais e à facilidade com que pode ser obtida esta informação por outros meios) e do ponto de vista da conformidade constitucional da alteração. Note-se que a autora considerava que o regime anterior era inconstitucional por violação do princípio *nemo tenetur se ispum accusare* (arts. 20.º, n.º 4 e 32.º, n.os 1 e 2, da CRP), por ser manifestamente desproporcionada a restrição ao princípio, tendo em

---

([167]) Figueiredo Dias, "Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal", AA.VV., *Jornadas de Processo Penal: o novo Código de Processo Penal*, (org. Centro de Estudos Judiciários), Coimbra, Almedina, 1991, pp. 33 e 34.

([168]) Ainda no domínio da vigência do regime anterior ao agora apresentado pela Lei n.º 20/2013, Catarina Veiga, *Considerações Sobre a Relevância dos Antecedentes Criminais do Arguido no Processo Penal*, Coimbra, Almedina, p. 123, defendia que o juiz apenas deveria ter acesso ao registo criminal do arguido após a audiência de julgamento e no momento de elaboração da sentença, atendendo a que nesta altura o juiz já formou a sua convicção e determinou se o arguido é ou não culpado. A autora considerava também que o acesso ao registo criminal (sem ser facultado pelo arguido) deveria ser possibilitado durante as fases de inquérito e de instrução porque estas fases não são decisórias, ou seja, não se está ainda a avaliar a culpa do arguido.

([169]) Vânia Costa Ramos, "Direito ao silêncio sobre antecedentes criminais e direito à assistência por defensor — dois aspectos positivos das alterações propostas às leis processuais penais", 2012, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>.

conta as consequências e as finalidades prosseguidas com tal restrição. De salientar, também, a posição assumida por Vânia Costa Ramos no parecer *supra* referido relativamente ao dever de responder com verdade relativamente aos processos pendentes na fase de julgamento presente no art. 342.º do CPP. Os Grupos Parlamentares do PSD e do CDS/PP apresentaram uma proposta no sentido de eliminar tal obrigação em sede de apreciação na especialidade na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. Segundo Vânia Costa Ramos, este dever ínsito no art. 342.º do CPP ofende o princípio *nemo tenetur* pelo facto de se traduzir numa obrigação de declarar sobre factos que contribuem para a formação de uma imagem negativa do arguido na mente do julgador, por essa obrigação consubstanciar cooperação através de declarações relevantes para aplicação de medidas de coacção e por constituir uma obrigação de declarar sobre factos que poderão ter impacto na medida da sanção que venha a ser aplicada. Por estes motivos, a autora considera que a obrigação contida no art. 342.º comporta a violação dos arts. 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.os 1 e 2.

A eliminação da obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais em qualquer fase processual é considerada uma alteração louvável por Fernanda Palma, que se pronunciou, em parecer([170]), sobre esta alteração ínsita na Proposta n.º 77/XII, uma solução também louvada no parecer([171]) elaborado pelo Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa. No mesmo sentido, Germano Marques da Silva([172]) não apresentou objecções à modificação que a Proposta pretendia introduzir neste ponto. Também à Ordem dos Advogados

---

([170]) Fernanda Palma, "Análise das propostas de alteração legislativa em matéria penal e processual penal" (parecer), disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93773>.

([171]) Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, "Consulta", 2012, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>.

([172]) Veja-se o parecer de Germano Marques da Silva, "Notas breves sobre as propostas e os projectos de alteração das leis penais", disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93762>.

foi solicitado parecer([173]) para se pronunciar relativamente à Proposta de Lei n.º 77/XII. No que concerne à proposta de alteração em matéria de antecedentes criminais, a Ordem não levantou qualquer objecção.

O Sindicato dos Magistrados do Ministério Público foi uma das entidades a quem foi solicitado parecer([174]) relativo à Proposta de que agora se trata, tendo considerado que a eliminação do dever de responder com verdade relativamente aos antecedentes criminais constitui uma alteração louvável. Contudo, alerta o SMMP que é imprescindível que seja garantido que o sistema informático de emissão do registo criminal funcione efectivamente, a todo o momento e que permita a obtenção imediata do registo com todas as informações necessárias, incluindo as relativas a cidadãos estrangeiros e a pessoas colectivas. O SMMP alerta para o facto de actualmente não ser viável aceder ao registo criminal quanto aos antecedentes criminais que os arguidos possam ter noutros países.

O Conselho Superior da Magistratura, instado a pronunciar-se sobre as alterações propostas ao CPP, proferiu parecer([175]) no qual considerou, focando-se na alteração do art. 141.º, n.º 3, que a alteração limita os poderes de cognição do juiz de instrução para o habilitar a proferir um juízo mais informado sobre as condições pessoais do arguido, o que pode condicionar a medida de coacção que aquele irá decretar. O parecer salientou as dificuldades sentidas nos tribunais em aceder a boletins de registo criminal actualizados e rigorosos e em tempo útil. O Conselho Superior da Magistratura manifestou, por isso, preferência pelo regime que estabelecia a obrigatoriedade de o arguido responder sobre os seus antecedentes criminais ao abrigo do então vigente art. 141.º, n.º 3, do CPP.

([173]) Ordem dos Advogados, *Parecer de 6 de Julho de 2012*, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>.

([174]) Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, *Parecer de 16 de Julho de 2012*.

([175]) Conselho Superior da Magistratura, *Parecer de 5 Julho de 2012*, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>.

Neste ponto, deve atender-se ao facto de, como lembra o Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais no parecer que elaborou, já existir uma rede de acesso aos registos criminais dos Estados-Membros da União Europeia, definida pela Decisão-Quadro 2009/315/JAI, do Conselho, de 26-02, relativa à organização e ao conteúdo do intercâmbio de informações extraídas do registo criminal entre os Estados-Membros e definida pela Decisão 2009/ /316/JAI, do Conselho, de 06-04, relativa à criação do Sistema Europeu de Informação sobre os Registos Criminais (ECRIS), em aplicação do art. 11.º daquela Decisão-Quadro. Por isso, na óptica do IDPCC da Faculdade de Direito de Lisboa o acesso aos registos criminais pode ser realizado em tempo útil.

1.2. Declarações processuais de testemunhas anteriores ao julgamento

Outra das alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2013 consistiu na modificação do art. 356.º. O n.º 3 desta norma passou a prever a reprodução ou leitura de declarações anteriores, pelo que foi assim acrescentada a possibilidade de "reprodução" destas declarações (e, em concordância, também a epígrafe da norma passou a prever a "reprodução") e procedeu ainda a uma alteração no segmento final, prevendo que as anteriores declarações podem ser reproduzidas ou lidas quando prestadas perante qualquer autoridade judiciária e já não somente perante o juiz, como previa anteriormente o preceito.

O n.º 4 do art. 356.º foi também modificado na parte final, preceituando agora que: "É permitida a reprodução ou leitura de declarações prestadas perante a autoridade judiciária se os declarantes não tiverem podido comparecer por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoira, designadamente se, esgotadas as diligências para apurar o seu paradeiro, não tiver sido possível a sua notificação para comparecimento".

A versão final da Lei n.º 20/2013 corresponde integralmente à versão apresentada na Proposta n.º 77/XII. Lê-se na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 77/XII que deve ser possibilitada a

leitura ou reprodução das declarações anteriormente prestadas perante o Ministério Público em caso de necessidade de avivamento da memória e no caso de contradições com o depoimento prestado anteriormente, pelo facto de serem residuais os casos em que as testemunhas são efectivamente inquiridas por um juiz nas fases preliminares do processo. Quanto à alteração introduzida no n.º 4 do art. 356.º, a exposição de motivos da Proposta n.º 77/XII refere que o esclarecimento de que a impossibilidade duradoura pode fundar-se na impossibilidade de notificação é importante por ser necessário acautelar os casos de testemunhas que mudaram de residência sem que tal tenha sido comunicado nos autos, pelo que não podem comparecer em audiência de julgamento, não obstante terem sido efectuadas diligências nesse sentido.

O Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais não se pronunciou, no seu parecer, em específico sobre as alterações que a Proposta de Lei n.º 77/XII pretendia introduzir no art. 356.º, mas, referindo-se às alterações propostas em sede de assistência por defensor, afirmou que, atendendo ao regime então vigente à data da elaboração do parecer não seria necessária a intervenção de defensor nos actos de inquirição de testemunhas nas fases de inquérito e instrução, atendendo a que as declarações prestadas pelas testemunhas nestas fases não poderiam ser utilizadas em julgamento para servir como prova para a condenação sem que aquelas testemunhas tivessem comparecido em audiência de julgamento, ficando salvaguardadas as garantias da prestação de depoimento com contraditório e perante juiz. Contudo, o IDPCC salientou que, a alterar-se o regime com os contornos que a Proposta preconizava seria necessário repensar a questão da obrigatoriedade da presença de defensor nos actos de inquirição das testemunhas, sob pena de inconstitucionalidade, tendo em consideração os casos em que o arguido pode ser condenado com base em declarações prestadas por si anteriormente à fase de julgamento (mesmo não sendo declarações confessórias) ou com base em declarações de testemunhas prestadas em fase de inquérito que não foi possível notificar para comparecerem em audiência de julgamento. Seriam estas situações casos em que as declarações são admitidas como prova da condenação sem ter havido imediação, nem contraditório.

Quanto às declarações prestadas pelo arguido o que poderia suceder era que este seria condenado com base em declarações que proferiu num momento em que poderia ainda não conhecer o teor da acusação deduzida contra ele, bem como as provas constantes dos autos.

Germano Marques da Silva, no parecer que elaborou sobre a Proposta n.º 77/XII, não se pronunciou sobre as alterações preconizadas ao art. 356.º.

O Conselho Superior da Magistratura também não se pronunciou sobre a alteração que agora se analisa.

A Ordem dos Advogados, por sua vez, apresentou reservas em relação às alterações apresentadas ao art. 356.º pelas implicações que tais propostas representam ao nível do contraditório. Pelo facto de a proposta ao n.º 4 do art. 356.º permitir que sejam admitidas como prova da condenação declarações prestadas por testemunhas em fase anterior ao julgamento perante um órgão de acusação, possivelmente sem que o declarante seja assistido por defensor e sem possibilidade de exercício do contraditório relativamente à fonte de prova, a Ordem dos Advogados considera inconstitucional a proposta, por violação do art. 32.º, n.º 5, da CRP. A Ordem dos Advogados alerta ainda que a solução proposta para a parte final do n.º 4 do art. 356.º constitui uma solução muito perigosa, já que a defesa não terá maneira de controlar se foram ou não esgotadas as diligências para apurar o paradeiro da testemunha e, além disso, trata-se de algo que se revela muito relativo já que depende do esforço das autoridades para se alcançar esse objectivo.

Relativamente à orientação preconizada pela magistratura do Ministério Público nesta matéria importa referir que no IX Congresso do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público([176]) ficou assente a posição desta magistratura no sentido em que "Este regime de utilização e valoração de declarações em julgamento

---

([176]) Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, *Conclusões do IX Congresso do SMMP*, 1 a 4 de Março de 2012, Vilamoura. Refira-se que uma das conclusões deste congresso foi a de que deveria ser alterado o regime de recusa de depoimento das testemunhas, previsto no art. 134.º, fazendo valer as declarações anteriormente prestadas ou impedindo a recusa de depoimento das testemunhas que em fases anteriores prestaram declarações, renunciando à faculdade de recusa de depoimento prevista no art. 134.º.

deverá ser alargado também aos depoimentos das testemunhas prestados em fases processuais anteriores ao julgamento, perante juiz, Ministério Público ou órgão de polícia criminal."

O SMMP vinha já considerando desde algum tempo que a alteração devia ser concretizada, como demonstrou em pareceres([177]) anteriores. Esta orientação foi reiterada pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público em parecer([178]) relativo à Proposta de Lei n.º 77/XII, onde o Sindicato classificou o regime anterior à revisão de 2013 como inadequado. Na perspectiva do Sindicato, os impedimentos de leitura de declarações anteriores de testemunhas não são compreensíveis uma vez que, desde que sejam respeitados os princípios do contraditório e da livre apreciação da prova não deve ser excluída, por princípio, a utilização e valoração da prova produzida em fases anteriores ao julgamento. O SMMP lembrou que existe uma dilação temporal significativa entre a data da ocorrência dos factos objecto do processo e a realização da audiência de julgamento, o que origina a perturbação da memória das testemunhas. Por isso, para o Sindicato é importante preservar os depoimentos prestados em fase anterior ao julgamento que poderão ser mais detalhados e completos, com vantagens para a descoberta da verdade material. Noutros casos, alerta o Sindicato, as testemunhas contradizem-se ou dizem não se recordar dos factos, o que leva a que a sentença seja adequada à prova produzida em audiência de julgamento, mas desconforme com a verdade material, o que gera incompreensão por parte da sociedade. O SMMP refere ainda que sucede com frequência que, após a inquirição nas fases de inquérito ou instrução, perde-se o contacto com as testemunhas e torna-se impossível restabelecer o contacto, apesar de todas as diligências realizadas nesse sentido. Para o SMMP, estes são casos em que, por força do regime então vigente, perde-se todo o material probatório adquirido naquelas fases pro-

---

([177]) Vejam-se os pareceres do SMMP de 21 de Dezembro de 2011 e de 9 de Maio de 2012 ao Projecto de Proposta de Lei apresentado pelo Governo e que preconizava em moldes semelhantes à Proposta de Lei n.º 77/XII uma alteração ao regime das declarações de testemunhas e do arguido prestadas em fase anterior ao julgamento.

([178]) Sindicato dos Magistrados do Ministério Público *Parecer de 16 de Julho de 2012*, disponível em <http://www.smmp.pt/?p=17149>.

cessuais, "…o que se traduz em perda de tempo e dinheiro e configura um desrespeito pelo cidadão que pretende colaborar com a realização da Justiça". Na perspectiva do SMMP, sendo preconizada pela Proposta de Lei n.º 77/XII uma alteração no regime do art. 357.º seria ilógico manter as restrições do então vigente art. 356.º, numa clara dissonância sistemática, argumenta o Sindicato, pois no regime das testemunhas é menor a necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais (as testemunhas não têm direito ao silêncio, salvas as excepções previstas na lei e incumbe-lhes um dever de verdade sobre os depoimentos, nos termos do art. 132.º, n.º 1, alínea *b*)).

O Sindicato considerou também que o regime preconizado pela Proposta ao art. 356.º não ofende os princípios da imediação e da oralidade, em virtude do regime consagrado no n.º 4 da norma que permite a leitura das declarações anteriores nos casos aí previstos e, por outro lado, pretende-se a possibilidade de leitura das declarações anteriores em audiência e na presença da testemunha a fim de avivar a sua memória ou em caso de contradições, sem que a leitura das declarações possa ser objecto de uma ponderação oportunística, no sentido da autorização da leitura. Em suma, na perspectiva do Sindicato, não ocorre ofensa dos princípios da imediação, oralidade ou contraditório.

O parecer refere ainda que a solução avançada pela Proposta vai de encontro aos regimes consagrados em países como a Alemanha([179]), Espanha([180]), Itália([181]), Suíça([182]), Polónia([183]) e Hungria([184]) e ao entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do

---

([179]) Na Alemanha o regime das declarações prestadas pelas testemunhas em fase anterior ao julgamento encontra-se regulado no art. 253.º e prevê a possibilidade de leitura de declarações anteriores sempre que uma testemunha ou perito declarar que não se recorda de algum facto ou em caso de contradições entre as declarações prestadas em audiência e as anteriores que não possam ser esclarecidas ou eliminadas sem que a audiência seja interrompida.

([180]) Em Espanha a matéria encontra-se regulada nos arts. 714.º e 730.º, sendo permitida a leitura de declarações anteriores sempre que existam divergências entre estas declarações e as prestadas em audiência ou quando, por causas independentes da vontade das partes, não seja possível repetir a inquirição em julgamento.

([181]) O art. 500.º da lei italiana admite a leitura de declarações anteriores das testemunhas em caso de contradições entre as declarações prestadas na fase de investigação e

Homem que tem vindo a considerar que podem ser utilizadas as provas recolhidas na fase de instrução, desde que as regras do contraditório tenham sido observadas, no momento da produção da prova ou em audiência de julgamento.

1.3. Declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento

A revisão de 2013 do Código de Processo Penal demarca-se pela alteração do regime plasmado no art. 357.º do CPP. Constitui a mais significativa modificação introduzida pela Lei n.º 20/2013 e tem originado diversas críticas, apesar de ser também muito elogiada por algumas vozes.

O novo art. 357.º passou a prever, no seu n.º 2, que é permitida a reprodução ou leitura em audiência de julgamento das declarações anteriormente prestadas pelo arguido nos casos que tenham sido feitas perante autoridade judiciária, com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto no art. 141.º, n.º 4, alínea *b*). O art. 141.º, n.º 4, alínea *b*), passou a prever que o juiz deve informar o arguido de que em caso de não exercer o seu direito ao silêncio as declarações que prestar podem ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na ausência ou decida não prestar declarações em audiência de jul-

---

as prestadas em audiência. O art. 512.º permite a leitura de declarações anteriores em caso de falecimento ou desaparecimento das testemunhas.

(182) A legislação suíça consagra um regime para as declarações do arguido semelhante ao consagrado na lei italiana para as testemunhas, embora permita que o defensor do arguido esteja presente no acto de inquirição.

(183) Na Polónia, o art. 391.º permite a leitura de declarações anteriores da testemunha prestadas perante autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal sempre que a testemunha recuse prestar depoimento sem fundamento, altere o testemunho anteriormente prestado, declare já não recordar os factos, resida no estrangeiro, não seja possível a sua notificação, não tenha podido comparecer por algum motivo inultrapassável ou tenha falecido.

(184) Na Hungria, o art. 296.º permite a leitura de declarações anteriormente prestadas pela testemunha perante autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal quando não for possível a inquirição da testemunha em julgamento ou quando a sua presença em audiência lhe causar dificuldades irrazoáveis em função do estado de saúde.

gamento, ficando as declarações sujeitas à livre apreciação da prova.

O número 3 do art. 357.º prevê que as declarações prestadas pelo arguido em fase anterior à audiência de julgamento e reproduzidas ou lidas em audiência não valem como confissão nos termos e para os efeitos do art. 344.º. Esta última norma manteve-se inalterada.

O art. 144.º, n.º 2 do CPP foi também alterado, tendo passado a prever que: "No inquérito, os interrogatórios referidos no número anterior podem ser realizados por órgão de polícia criminal no qual o Ministério Público tenha delegado a sua realização, obedecendo em tudo o que lhe for aplicável, às disposições deste capítulo, excepto quanto ao disposto nas alíneas *b*) e *e*) do n.º 4 do art. 141.º.

Da análise da nova redacção do art. 357.º do CPP resulta uma modificação que inverte na totalidade a lógica do regime anterior. Anteriormente, as declarações prestadas pelo arguido anteriormente à fase de julgamento apenas podiam ser lidas em caso de contradições ou discrepâncias entre as declarações anteriores e as prestadas em audiência, ou se o arguido solicitasse a sua leitura. Tal significativa que bastava o arguido exercer o seu direito ao silêncio em audiência de julgamento para impedir a leitura das declarações anteriores. Esta possibilidade deixou de existir no regime introduzido pela Lei n.º 20/2013.

A exposição de motivos da Proposta n.º 77/XII refere, quanto a esta alteração, que a indisponibilidade de utilização das declarações do arguido prestadas na fase de inquérito ou na instrução tem conduzido a situações geradoras de indignação social e uma incompreensão dos cidadãos quanto ao sistema judicial. A exposição de motivos realça ainda que "…esta disponibilidade de utilização, para além de só ser possível quanto a declarações prestadas perante autoridade judiciária, é acompanhada da correspondente consolidação das garantias de defesa do arguido enquanto sujeito processual, designadamente quanto aos procedimentos de interrogatório, por forma a assegurar o efetivo exercício desses direitos, *maxime* o direito ao silêncio."

Resulta da leitura da exposição de motivos que a Proposta pretendia sobretudo aumentar e reforçar o grau de credibilidade

dos cidadãos na Justiça, respondendo a sentimentos colectivos de insatisfação e incompreensão do regime então em vigor. A alteração efectuada ao regime consagrado no art. 357.º vai de encontro à posição que vinha desde algum tempo a sustentar uma necessidade de mudança de regime, sobretudo por parte das magistraturas, mas também por um sector da doutrina.

No IX Congresso do Ministério Público tinha já sido demonstrada esta orientação, tendo ficado assente nas conclusões do congresso([185]) que deveria ser permitida a utilização das declarações anteriores do arguido prestadas perante juiz, Ministério Público ou órgão de polícia criminal, desde que assistido por defensor e informado das consequências da prestação de declarações "…com vista a uma maior aproximação da verdade processual à verdade material, e consequente credibilização da Justiça…"

Esta era já uma alteração que vinha sendo preconizada há algum tempo, inclusive por um projecto de proposta de lei e apoiada pelo Sindicato dos Magistrados do Ministério Público em pareceres([186]) anteriores. No parecer de 16 de Julho de 2012, o SMMP reiterou os argumentos já expostos anteriormente. Para o Sindicato, o regime anterior permitia que o arguido apresentasse depoimentos díspares ao longo do processo, no que respeita a si mesmo ou a outros suspeitos ou arguidos. Nas palavras do Sindicato "Não há aqui qualquer verdadeiro direito de defesa, mas sim um abuso do mesmo". Para o SMMP, não há qualquer fundamento para que não possam ser valoradas declarações anteriores do arguido, prestadas na presença de defensor e informado de que as declarações poderão ser utilizadas em audiência de julgamento, embora se compreenda que o que está em causa com esta alteração ao regime é a alteração do paradigma processual penal nesta matéria, com grande impacto ao nível dos direitos de defesa do arguido, designadamente o direito ao silêncio e à não auto-incriminação e os princípios da imediação e da oralidade. Contudo, o Sindicato não considera existir afronta destes princípios, pois as declarações

---

([185]) Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, *Conclusões do IX Congresso do SMMP*, 1 a 4 de Março de 2012, Vilamoura.

([186]) *Vide*, os pareceres de 21 de Dezembro de 2011 e de 9 de Maio de 2012.

lidas em audiência não devem poder ter efeito confessório dos factos, ficando sujeitas ao princípio da livre apreciação da prova — art. 127.º do CPP, o que exige que o Ministério Público tenha de produzir prova suficiente em audiência de julgamento para provar a culpa do arguido, com recurso a outros meios de prova para além das declarações do arguido e obriga o julgador a analisar toda a prova produzida. Por outro lado, argumenta o Sindicato, os princípios estão salvaguardados porque durante o julgamento as declarações são lidas perante o tribunal e, para além disso, a leitura em audiência das declarações prestadas anteriormente permite que se exerça o contraditório.

O Sindicato dos Magistrados vai mais além e afirma que não há razões para distinguir entre declarações prestadas perante juiz, Ministério Público ou órgãos de polícia criminal porque o arguido será advertido de que, se prestar declarações, estas poderão ser posteriormente utilizadas contra si e será informado dos factos pelos quais está acusado e das provas existentes, para além de ser assistido por defensor. Para o SMMP não importa tanto "quem interrogou", mas sim "como interrogou", o que ficará registado no auto e nas gravações áudio ou vídeo.

O parecer procede ainda a uma análise de Direito Comparado nesta matéria, avançando com o argumento de que noutros sistemas jurídicos é permitida a valoração das declarações anteriores do arguido, de que são exemplo a Alemanha([187]), a Itália([188]), a Suíça([189]), a Polónia([190]) e a Hungria([191]). O parecer invoca também o regime do

---

([187]) O art. 254.º da lei alemã prevê que as declarações anteriores do arguido podem ser lidas com a finalidade de obter provas sobre a confissão ou em caso de contradições entre as declarações anteriores e as prestadas em audiência de julgamento.

([188]) Na lei italiana encontra-se prevista a possibilidade de leitura das declarações anteriores mesmo que o argudo recuse prestar declarações ou esteja a ser julgado na ausência (art. 513.º). É também permitida a leitura em caso de contradições entre as declarações anteriores e as prestadas em audiências (art. 503.º, n.º 3). É permitida a leitura das declarações anteriores prestadas perante juiz, Ministério Público ou órgão de polícia criminal, desde que o defensor tenha estado presente no acto de inquirição. As declarações anteriores não podem ter efeito confessório, ficando sujeitas a livre apreciação pelo tribunal (art. 192.º).

([189]) Na Suíça, as declarações anteriores ao julgamento podem ser lidas desde que o arguido tenha sido assistido por defensor e independentemente de terem sido prestadas perante juiz, Ministério Público ou órgão de polícia criminal (arts. 100.º e 343.º).

sistema norte-americano onde é admitida a valoração dos depoimentos prestados anteriormente ao julgamento, mesmo os que detenham carácter confessório, desde que o arguido tenha sido advertido do direito à não auto-incriminação e a aconselhamento legal *(Miranda Rights)*. Neste sistema, se o arguido alterar o teor dos depoimentos pode ser sujeito a interrogatório em audiência e ser confrontado com as anteriores declarações, desde que fique provado que o depoimento anterior à audiência foi prestado voluntariamente.

Com base em todos estes argumentos, o Sindicato considerou louvável a alteração preconizada pela Proposta de Lei n.º 77/ /XII([192]).

O Conselho Superior da Magistratura, no parecer([193]) que emitiu sobre a proposta, reiterou a sua posição já antes afirmada no sentido de a alteração ao art. 357.º ser muito positiva, merecendo total concordância. O CSM invocou, à semelhança do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, os sentimentos colectivos da sociedade que não compreende a razão pelas quais as anteriores declarações do arguido não possam ser valoradas em audiência de julgamento, o que gera indignação e incompreensão por parte da opinião pública. O CSM considerou igualmente que deve ser permitida a valoração das declarações anteriores, mesmo tendo sido prestadas perante o Ministério Público.

As alterações ao regime das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento eram igualmente defendidas por autores como António João Latas([194]) que propugnavam a possibi-

---

([190]) O art. 389.º, § 1 s, lei polaca permite a leitura de declarações anteriores se houver divergência com as declarações prestadas em audiência, se o arguido revelar falta de memória, independentemente de o arguido ter sido ou não assistido por defensor.

([191]) Na Hungria, o art. 291.º permite a leitura de declarações anteriores quer o arguido recuse prestar declarações, quer apresente divergências nos depoimentos prestados nas diferentes fases processuais, quer em caso de julgamento na ausência.

([192]) Mencione-se que o SMMP alertou para a necessidade de ser estabelecida uma norma transitória que permitisse a aplicação do regime do art. 357.º consagrado pela Lei n.º 48/2007 nos casos em que o arguido já tivesse sido interrogado.

([193]) Conselho Superior da Magistratura, *Parecer de 5 Julho de 2012*, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>.

([194]) António João Latas *[et. al.]*, *Mudar a Justiça Penal — Linhas de reforma*

lidade de leitura daquelas declarações também com o argumento de que o sistema então vigente proporcionava sentimentos de incompreensão na opinião pública e descredibilização dos cidadãos na Justiça e que tal permissão de leitura não ofendia os princípios da imediação, oralidade e contraditoriedade, nem o direito ao silêncio do arguido. A leitura das anteriores declarações seria admissível desde que as declarações tivessem sido prestadas perante um juiz, o arguido tivesse sido advertido de que as declarações prestadas podiam ser utilizadas em audiência, mesmo que exerça o direito ao silêncio e as declarações anteriores tivessem sido gravadas em áudio e vídeo (pelo menos, em regra), sob pena de existir uma proibição de prova em caso de incumprimento destes requisitos([195]).

A ASJP, em parecer([196]), discordou da possibilidade de serem lidas e valoradas declarações anteriormente prestadas pelo arguido perante o Ministério Público. A ASJP lembrou que ao MP cabe a direcção do inquérito e que, não obstante o seu dever de objectividade, não pode deixar de se envolver na dedução da acusação, o que não é compatível com a prestação de declarações do arguido perante o MP que serão posteriormente utilizadas em julgamento, pelo que só o juiz poderá garantir a isenção e a imparcialidade necessárias neste domínio.

Como se pode constatar, um sector da doutrina, assim como as magistraturas concordam, genericamente e com excepção de aspectos particulares, com as alterações introduzidas ao regime do art. 357.º no sentido de ser admitida a utilização em julgamento das declarações anteriormente prestadas pelo arguido.

---

do processo penal português, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 96 e ss. As propostas apresentadas nesta obra foram o resultado do estudo apresentado pelo Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais (GEOT), coordenado por ANTÓNIO JOÃO LATAS e apresentado em Outubro de 2011, onde o grupo de trabalho apresentou várias linhas de reforma do processo penal, de entre quais a alteração do regime das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento.

([195]) *Idem*, p. 116.

([196]) Associação Sindical dos Juízes Portugueses, *Parecer de Abril de 2012*, disponível em <http://www.asjp.pt/2012/05/04/parecer-do-geot-alteracoes-ao-codigo-penal-ao-codigo-de-processo-penal-e-ao-codigo-de-execucao-de-penas-maio-2012/>.

Porém, esta alteração não é aplaudida por todos os sectores. A Ordem dos Advogados([197]) lembra que não há estudos empíricos que atestem a eficácia ou ineficácia das soluções consagradas no então vigente regime de intransmissibilidade probatória das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento e das soluções avançadas para o novo regime. A Ordem dos Advogados afirma também: "…receamos que as alterações em curso sejam antes o resultado das intuições de alguns juristas e de alguns políticos inspirados por algum populismo em matéria de combate ao crime que parece ter-se apoderado da sociedade portuguesa ou pelo menos dos meios de comunicação social." Para a Ordem dos Advogados, a transmissibilidade das declarações anteriores ao julgamento ofende os princípios da imediação e da oralidade, quer as declarações tenham sido prestadas perante juiz ou perante o Ministério Público. Doutro modo, sendo as declarações do arguido essencialmente um meio de defesa só devem ser prestadas quando o arguido tenha conhecimento integral dos factos que lhe são imputados e das provas que sustentam a imputação, pelo que para a Ordem a alteração preconizada tranforma as declarações do arguido em meio de prova. A Ordem salienta que as alterações propostas vão contra a sensibilidade à dimensão adversarial na produção da prova que tem vindo a acentuar-se, centrada no contraditório e no contra-interrogatório. Para além disso, a Ordem considera que as alterações ao regime do art. 357.º limitam profundamente o direito ao silêncio do arguido ao prever-se que o exercício do direito ao silêncio pelo arguido não terá mais o poder de impedir a leitura e valoração das declarações anteriores. A Ordem dos Advogados considera mesmo que a solução preconizada é inconstitucional por violação do art. 32.º, n.º 1, da CRP, ao permitir a leitura das declarações anteriores quando o arguido decide exercer o direito ao silêncio em audiência de julgamento, verificando-se também uma violação do art. 14.º, n.º 3, alínea *g*), do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

([197]) Ordem dos Advogados, *Parecer de 6 de Julho de 2012*, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>.

A Ordem dos Advogados chama a atenção para o problema das declarações prestadas por um co-arguido em prejuízo de outro (art. 345.º, n.º 4), afirmando que o que poderá suceder é que o co-arguido não se recusa a responder às perguntas e são admitidas as declarações por ele prestadas anteriormente. Por isso, a Ordem dos Advogados é peremptória em afirmar que nunca devem ser admitidas as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro, quando o primeiro se recusar a responder às perguntas que lhe são dirigidas.

Por fim, a Ordem dos Advogados evidencia um conjunto de problemas de ordem prática suscitados a propósito da alteração do regime. Um deles está relacionado com a necessidade de que existam garantias práticas de que a assistência por defensor seja efectiva e o exercício do direito ao silêncio não provoque prejuízos para o arguido, o que exige uma especial preparação da defesa, um problema particularmente acentuado ao nível das defesas oficiosas e com a nomeação de defensor de escala quando o arguido presta declarações em primeiro interrogatório em situação de detenção. Por outro lado, seria necessário que o defensor conhecesse os factos imputados ao arguido para estabelecer a estratégia de defesa, o que é de muito difícil realização prática. É também uma necessidade premente que o exercício do direito ao silêncio seja efectivo, o que não é compatível, de acordo com a Ordem dos Advogados, com as práticas frequentes realizadas pelo Juiz de Instrução e pelo MP nos interrogatórios, pois sucede com frequência que os arguidos, quando afirmam a sua opção pelo silêncio, sofrem ameaças, por vezes expressas ("se não quer defender-se então vou dar como válidos os indícios e indiciados os factos"). A Ordem considera estarmos perante uma contradição insanável com o disposto no art. 343.º, n.º 1, do CPP, porque sucede que com o novo regime o arguido, apesar de ser informado de que o silêncio não poderá desfavorecê-lo acaba por ser prejudicado por optar por exercê-lo. Pelo conjunto de argumentos apresentados, a Ordem dos Advogados considerou a alteração presente na Proposta de Lei n.º 77/XII um grave retrocesso em termos de garantias de defesa([198]).

([198]) Note-se que também a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, *Parecer de 10 de Julho de 2012*, disponível em <http://www.par

Germano Marques da Silva, no parecer([199]) que elaborou, pronunciou-se com as mesmas críticas e os mesmos argumentos relativamente aos apresentados no parecer da Ordem dos Advogados.

Uma nota para referir as orientações acerca desta matéria no seio do Fórum Penal — Associação de Advogados Penalistas([200]). Para alguns juristas do Fórum, a alteração do regime é aceitável desde que a derrogação ao princípio da imediação seja acompanhada do estabelecimento de um conjunto de medidas que passam por garantir que a realização do interrogatório pelas autoridades judiciárias tem de ser balizado por uma rigorosa delimitação dos factos que se consideram indiciados nos autos, com indicação da prova que os sustenta, sendo que esse elenco factual terá de constar de auto lavrado. Por outro lado, ao arguido e ao seu defensor deve ser permitido um acesso irrestrito e oportuno aos meios de prova que a autoridade judiciária afirma existirem no processo. Para este sector, as declarações do arguido deverão ainda ser alvo de registo, pelo menos em suporte áudio.

Para outro sector do Fórum Penal, o regime proposto para as declarações anteriores do arguido é inaceitável pelo facto de considerarem que a alteração implica a atribuição de um carácter de meio de prova às declarações do arguido, quando na verdade estas constituem essencialmente um meio de defesa e porque, ao nível da suposta eficácia alcançada com o novo regime, duvida-se do alcance de tal objectivo, pois os arguidos tenderão a exercer o seu direito ao silêncio nos interrogatórios, com todos os prejuízos consequentes para a investigação criminal. Doutro modo, a medida é considerada, por alguns juristas, como inconstitucional, por viola-

---

lamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>, considerou que a alteração proposta para o art. 357.º implicava uma restrição do direito de defesa do arguido, atendendo a que no decurso do inquérito o objecto do processo encontra-se ainda em definição, pelo que as declarações do arguido reportam-se apenas a uma realidade parcial.

([199]) Germano Marques da Silva, "Notas breves sobre as propostas e os projectos de alteração das leis penais", disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93762>.

([200]) Veja-se o comentário do Fórum Penal, de 11-07-2012, em <http://carlospintodeabreu.com/pt/text-5-59-conheca-a-tomada-de-posicao-do-forum-penal>.

ção do art. 32.º, n.º 1, da CRP, por condicionar a estratégia da defesa, já que o arguido pode ter interesse em prestar declarações numa fase inicial (por exemplo, devido à possível aplicação de medidas de coacção) e ter interesse, por razões válidas, a permanecer em silêncio em audiência de julgamento.

A Proposta de Lei n.º 77/XII, no que concerne ao regime proposto para o art. 357.º, foi também alvo de intensa crítica por parte dos docentes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Em artigo publicado sobre a matéria([201]), Paulo Sousa Mendes considera que a alteração proposta representa uma verdadeira subversão da estrutura acusatória em que assenta o Processo Penal português. Para Paulo Sousa Mendes, a alteração em causa significa o retorno ao perfil da prova no processo penal português antigo, presente nas Reformas de 1832, 1837 e 1841, nas quais a fase da Instrução, em caso de pronúncia, podia ser posteriormente utilizada no julgamento e a prova produzida em audiência de julgamento era meramente complementar. Paulo Sousa Mendes evoca ainda o processo penal do Código do Estado Novo (CPP de 1929) que reforçou a direcção judicial da investigação e até permitiu a cumulação no mesmo magistrado das funções instrutórias e da direcção do julgamento. O autor realça o facto de a solução em vigor antes da Revisão de 2013 estar justificada pela circunstância de as provas repetíveis não poderem ser valoradas no julgamento porque quando são realizadas numa fase inquisitória do processo não existe a garantia do contraditório, carecendo de ser renovadas ou produzidas em audiência de julgamento, perante o juiz, que deve poder formar a sua convicção independentemente da investigação criminal e perante a acusação e a defesa, que devem estar em situação de igualdade de armas([202]). Por isso, para Paulo Sousa Mendes a alteração que a Proposta continha e que efectivamente foi concretizada coloca em crise a estrutura acusatória do processo penal e ameaça os princípios do contraditório, da igualdade de armas, da

---

([201]) PAULO SOUSA MENDES, "A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento", AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1365-1389.

([202]) *Idem*, p. 1379.

oralidade e da imediação([203]). Por outro lado, o autor considera que o sacrifício destes princípios não redundará em maior eficácia, pelo contrário, poderá desencadear a reacção do arguido de antecipar o silêncio para uma fase anterior ao julgamento, o que irá prejudicar a investigação criminal([204]). Para além de todas estas consequências, Paulo Sousa Mendes alerta ainda para a circunstância de o arguido poder ficar limitado nas suas garantias de defesa, pois sabe que tudo o que declarar poderá ser usado contra si, o que redunda numa restrição do direito de audiência e defesa razão, aliás, pela qual foram previstos os interrogatórios anteriores ao julgamento([205]).

Para o autor, esta alteração compromete igualmente a orientação do MP para a realização de acordos sobre a sentença([206]). A transmissibilidade das declarações anteriores do arguido será "…uma mensagem de sinal contrário aos acordos sobre a sentença penal e dificilmente ambos poderão conviver no âmbito do mesmo sistema processual penal, pois as vantagens das soluções negociadas para o arguido são contrariadas pelos riscos inerentes a qualquer declaração confessória…"

Os argumentos que sustentam a visão apresentada por Paulo Sousa Mendes foram seguidos no parecer elaborado pelo Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Lisboa([207]) e no parecer de Fernanda Palma([208]).

([203]) *Ibidem*.

([204]) O mesmo argumento é avançado por João Matos Viana, "O valor da confissão", *Advocatus*, n.º 26, (Maio de 2012), p. 28, que também chama a atenção para o facto de a alteração preconizada implicar o aproveitamento das declarações anteriores prestadas num momento em que o objecto do processo ainda não está definido e ainda por Tiago Rodrigues Bastos, "Vícios de uma reforma", *Advocatus*, n.º 26, (Maio de 2012), pp. 1-7.

([205]) *Idem*, pp. 1379 e 1380.

([206]) Orientação n.º 1/2002, Procuradoria-Geral Distrital junto do Tribunal da Relação de Lisboa.

([207]) Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, "Consulta", 2012, disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37090>.

([208]) Fernanda Palma, "Análise das propostas de alteração legislativa em matéria penal e processual penal" (parecer), disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93773>.

Por considerar estar em causa uma autêntica subversão da estrutura acusatória do processo penal português que viola o art. 32.º, n.º 5, da CRP, Paulo Sousa Mendes propõe um regime estabelecido em moldes semelhantes ao Direito Italiano nesta matéria([209]). No Direito Italiano, vigora o princípio do modelo acusatório em que as fases anteriores ao julgamento são constituídas por uma investigação desprovida de relevo para efeitos decisórios([210]). Neste sistema, encontra-se consagrada uma separação dos autos destinados ao julgamento *(fascicolo per il dibattimento)*, nos termos do art. 431.º do CPPI, dos autos do Ministério Público (*fascicolo del pubblico ministério*, art. 433.º do CPPI)([211]). O *fascicolo per il dibattimento* constitui o fascículo para a audiência de julgamento que contém os autos dos actos não repetíveis realizados pela polícia, pelo MP e pelo defensor, assim como os autos das diligências para memória futura. Os autos não repetíveis podem ser revistas, buscas, apreeenões e escutas telefónicas.

O *fascicolo del pubblico ministério* contém os autos das diligências realizadas pelo Ministério Público, pela polícia ou pelo defensor durante as investigações preliminares *(indagini preliminare)*, sendo que são autos realizadas sem contraditório e repetíveis que servem para confronto do depoente com o seu anterior depoimento, com o objectivo de testar a credibilidade do depoente. Este sistema constitui a concretização do princípio da separação funcional das fases processuais, já que assegura o princípio segundo o qual a convicção do juiz para a decisão é formada apenas com base na prova adquirida na audiência de julgamento([212]), pelo que a lei-

---

([209]) Veja-se Fabio Maria Grifantini, "Utilizabilità in dibattimento degli atti provenienti dale fasi anterior", in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale* (org. Paolo Ferrua, Fabio Maria Grifantini, Giulio Illuminati e Renzo Orlandi), Turim, G. Giappichelli, 1999, pp. 119-189.

([210]) Sobre o modelo acusatório italiano veja-se Giulio Illuminati, "El sistema acusatorio en Italia", in AA.VV., *Proceso Penal y sistemas acusatórios*, (org. Lorena Bachmaier Winter), Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 135-160.

([211]) Sobre os dois tipos de autos *vide* Patrizia Caputo, "Fascicolo", *Digesto delle discipline penalistiche*, tomo V, Turim, UTET, 1991, pp. 135-137 e Sergio Fifi, "Fascicoli processuali", *Digesto delle discipline penalistiche — Aggiornamento*, tomo II, Turim, UTET, 2005, pp. 505-518.

([212]) Relativamente a esta matéria veja-se Giovanni Conso/Vittorio Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Pádua, CEDAM, 2005, pp. 1537 e ss.

tura dos actos contidos no *fascicolo per il dibattimento* é sempre permitida (art. 511.º do CPPI)([213]).

2. Apreciação global

A Revisão de 2013 demarca-se por atender a sentimentos colectivos de indignação e incompreensão do sistema judicial, mormente no que respeita à impossibilidade, verificada no regime anterior, de utilizar as declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento sempre que aquele decidisse permanecer em silêncio em audiência de julgamento.

Fernanda Palma([214]) alerta para o facto de a Proposta de Lei n.º 77/XII, assim como as restantes propostas apresentadas concomitantemente, por exemplo, ao Código Penal, não terem na sua génese elementos empíricos que demonstrem, inclusive com dados estatísticos, quais os pontos de tensão no funcionamento do sistema penal, o que seria de grande importância para avaliar a pertinência das soluções preconizadas.

No que diz respeito às alterações em matéria de antecedentes criminais, sobre as quais já nos pronunciámos, não se encontram objecções às soluções encontradas, o que se deve a um entendimento prévio, já consensual no seio da doutrina, no sentido de que o regime devia ser alterado, fundamentalmente por atentar contra o princípio *nemo tenetur*.

Ao nível das declarações processuais das testemunhas anteriores ao julgamento, matéria sujeita a alterações pela Lei n.º 20/ /2013, cremos que o problema que se coloca, ao nível da nova redacção do n.º 4 do art. 356.º, centra-se na possibilidade de exercício do contraditório por parte do arguido que assim poderá ver tal

---

([213]) Sobre a leitura em audiência de actos irrepetíveis no âmbito do art. 511.º do CPPI pode ver-se Mario, Bazzani, "Art. 511.º C.P.P.: Lettura dibattimentale di atti originariamente irrepetibili. Profili epistemologici e normativi", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, A, 44, fasc. 3, (Jul.-Set.), 2001, pp. 764-786.

([214]) Fernanda Palma, "Análise das propostas de alteração legislativa em matéria penal e processual penal" (parecer), disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheAudicao.aspx?BID=93773>.

possibilidade afastada em caso de se verificar alguma das situações elencadas no preceito. Como nota Paulo Dá Mesquita([215]) o problema da utilização de declarações anteriores ao julgamento deve ser reequacionado em função das exigências do contraditório, particularmente nos casos em que a defesa fica impedida de proceder à contra-inquirição da fonte de prova, ainda que antecipada ou diferida. Contudo, atendendo a que estamos perante situações excepcionais ditadas por uma impossibilidade absoluta da testemunha comparecer em audiência de julgamento, propendemos a aceitar as modificações introduzidas. Ainda assim, acompanhamos o parecer da Ordem dos Advogados quando considera muito perigosa a solução avançada para os casos de impossibilidade duradoura das testemunhas, por terem sido realizadas diligências sem, contudo, conseguir fazer comparecer a testemunha em audiência de julgamento, por ser muito difícil para a defesa controlar se de facto foram realizadas todas as diligências necessárias para apurar o paradeiro da testemunha e por ser algo muito relativo porque dependerá do esforço das autoridades.

Mais reservas suscitam, contudo, as alterações ao art. 357.º do CPP. Muito aplaudida por um sector, mas muito criticada por outros, o facto é que a alteração neste âmbito assume contornos muito significativos em termos de impacto na estrutura do processo penal e nos seus princípios enformadores. Cremos que a alteração concretizada através da Lei n.º 20/2013 conduz a uma questão essencial que é a de saber quais as razões pelas quais no regime da Lei n.º 48/2007 se impedia a transmissibilidade probatória das declarações anteriores do arguido e o que se pode retirar da análise do art. 355.º do CPP que estabelece a regra geral de intransmissibilidade probatória das declarações anteriores ao julgamento. A matéria implica igualmente uma leitura dos preceitos constitucionais directamente relacionados com esta temática.

Da análise do regime anterior constata-se que o sistema é conformado, em matéria de declarações anteriores ao julgamento, pelos princípios da imediação, da oralidade e do contraditório,

---

([215]) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 673.

decorrência da estrutura acusatória do processo penal português (art. 32.º, n.º 5 da CRP). Como afirma Paulo Dá Mesquita([216]), o estabelecimento das regras gerais "…revela uma opção global de tentativa de equilíbrio, muitas vezes próxima do equilibrismo, dos princípios da investigação, imediação e contraditório, daí também a referida regra geral de transmissão informativa dos autos". Para além disso, o regime é também conformado pelos direitos de defesa do arguido e, principalmente, o direito ao silêncio e à não auto-incriminação. Como refere Paulo Dá Mesquita([217]) e os pareceres da Ordem dos Advogados e de Germano Marques da Silva, nesta matéria há a ponderar a protecção da dignidade da pessoa humana, a prerrogativa contra a auto-incriminação, a privacidade e os princípios gerais da lealdade e da responsabilidade. Sendo estes os princípios e direitos que conformam o regime([218]), enunciados pela regral geral prevista no art. 355.º e delimitados nas excepções previstas nos arts. 356.º e 357.º e constituindo uma decorrência da estrutura acusatória enunciada no art. 32.º, n.º 5, da CRP verifica-se que o novo regime consagrado no art. 357.º atenta contra os princípios da imediação, da oralidade e do contraditório, sendo inconstitucional por violação do art. 32.º, n.º 5, da CRP. Note-se que o art. 355.º permaneceu inalterado com a Revisão de 2013. E não poderia deixar de ser assim, se atendermos a que da estrutura acusatória decorre a necessidade de assegurar aqueles princípios. Como nota Damião da Cunha([219]), a antecipação da prova não é um procedimento natural a um processo de estrutura acusatória e toda e qualquer derrogação aos princípios da imediação, da oralidade e

---

([216]) PAULO DÁ MESQUITA, *ob. cit.*, p. 597, nota 264.

([217]) *Idem*, p. 672.

([218]) A utilização de declarações confessórias levou PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1003, a considerar que o julgamento que beneficia do que o arguido disse pode apresentar vícios, como sejam a investigação insuficiente da personalidade do arguido, não ponderação de mudanças no depoimento e omissão da recolha de prova que consubstancie a confissão do arguido. Constituem vícios que, para o autor, conformam o direito à não auto-incriminação e significam que a protecção do arguido contra o que disse voluntariamente constitui uma medida preventiva contra as deficiências do processo inferencial do tribunal.

([219]) DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 410.

da contraditoriedade só pode ser afirmada como excepção, justificada por um determinado circunstancialismo (no qual deva intervir um outro valor ou princípio conflituante) e regulada segundo um princípio de concordância prática([220]).

Uma importante nota importa tomar relativamente à aplicação do direito à não auto-incriminação nesta sede. A alteração que mais se destaca no âmbito do art. 357.º e que está directamente relacionada com o direito à não auto-incriminação resulta da circunstância de o exercício do direito ao silêncio por parte do arguido em audiência de julgamento não ter agora o alcance de impedir a leiutra e consequente valoração das declarações anteriormente prestadas. Ora, o que importa ressalvar é que em caso algum o direito ao silêncio do arguido em audiência de julgamento tem a capacidade de neutralizar a utilização de declarações anteriores. Por um lado, o exercício do direito ao silêncio pelo arguido num determinado momento processual não apaga declarações anteriores e, por outro lado, o exercício daquele direito não retroage a momentos anteriores, ou seja, a decisão de não prestar declarações é válida em cada momento processual e não tem repercussão sobre momentos processuais anteriores. O que o direito à não auto-incriminação impede é a valoração em audiência de julgamento de declarações prestadas numa fase processual em que o objecto do processo não está delimitado e, como tal, ainda não estão concretamente definidos os factos pelos quais o arguido está acusado e as provas contra ele existentes. O direito à não auto-incriminação implica também que não possam ser valoradas em audiência de julgamento declarações prestadas numa fase processual em que o arguido está sob a iminência de lhe ver aplicada uma medida de coacção e, portanto, impende sobre ele uma maior pressão para colaborar com a Justiça, o que pode retirar liberdade e voluntariedade sobre as declarações que presta. A valoração das declarações prestadas em fase anterior ao julgamento é ainda mais grave nos casos em que a assistência de defensor não foi efectiva como nas situações, para as quais alertam os pareceres da Ordem dos Advogados e de Germano Marques da

---

([220]) *Idem*, p. 406.

Silva, em que são nomeados defensores oficiosos a escassos minutos da realização do interrogatório, uma ilustração exemplificativa de casos em que a defesa não é efectiva. O direito à não auto-incriminação implica, em suma, que as declarações prestadas pelo arguido sejam livres, voluntárias e esclarecidas (esta última característica implica que o objecto do processo esteja rigorosamente delimitado). Por outro lado, a garantia contra a auto-incriminação será reforçada se existir uma assistência de defensor efectiva.

Por estes motivos, consideramos que o novo regime plasmado no art. 357.º atenta contra o direito à não auto-incriminação do arguido.

A Revisão de 2013 justifica a modificação introduzida no art. 357.º por se orientar por motivos de eficácia. Todavia, como notam alguns críticos da revisão, a que acima fizemos referência, o novo regime tenderá a levar o arguido a antecipar a estratégia do silêncio para fases anteriores ao julgamento, com prejuízos evidentes para a investigação criminal. Mas mesmo que se constatasse que a modificação do regime resultaria em maior eficácia, cremos que não é em nome deste imperativo que se justifica a ofensa a princípios basilares da estrutura acusatória do processo penal. Como é afirmado no parecer da Ordem dos Advogados: "…é em nome da eficácia no combate ao crime que ao longo da História se têm cometido os mais graves atentados aos direitos humanos". A ineficácia da investigação criminal e as falhas do processo não podem ter como consequência a subversão da estrutura acusatória do sistema processual penal. Como afirma Fernanda Palma([221]) "o fracasso da prevenção criminal e da investigação criminal não podem ter como substituto um Processo Penal inquisitorial…"

([221]) FERNANDA PALMA, "O problema penal do processo penal", AA.VV., *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. científica: MARIA FERNANDA PALMA), Coimbra, Almedina, 2004, p. 53.

CONCLUSÃO

A matéria das declarações prestadas anteriormente à fase do julgamento é indissociável da estrutura acusatória em que assenta o processo penal português. Como consequência, o art. 355.º do CPP estabelece como regra geral que não valem em julgamento, designadamente para a formação da convicção do tribunal quaisquer provas que não tiverem sido reproduzidas ou examinadas em audiência. Valem com particular destaque nesta matéria os princípios da imediação, da oralidade e do contraditório. Como tal, o regime previsto nos arts. 356.º e 357.º do CPP apresenta carácter excepcional, apenas justificado por circunstâncias estritamente previstas na lei. O momento decisivo e primordial para a produção da prova é a audiência de julgamento.

A matéria do depoimento indirecto, prevista no art. 129.º do CPP coloca em causa, perante a consagração do direito ao silêncio do arguido, a questão de saber se deve admitir-se o depoimento de ouvir-dizer quando a fonte é o arguido. Cremos que a atribuição do direito ao silêncio ao arguido impede que este constitua a fonte de ouvir-dizer. Se, nos termos gerais, o arguido está impedido de depor como testemunha, não seria aceitável atribuir-lhe esta qualidade para que constituísse a testemunha-fonte, com todas as consequências que a atribuição dessa qualidade implicaria para o arguido.

O fundamento para a existência de um depoimento de os arguidos e os co-arguidos deporem como testemunhas, nos termos do art. 133.º, n.º 1, alínea *a*), é também uma decorrência da tutela da liberdade da declaração do arguido, uma tutela ainda mais acentuada no regime das declarações processuais do arguido prestadas em fase anterior ao julgamento (art. 357.º) previsto antes da Revisão de 2013, já que por via do exercício do direito ao silêncio em audiência o arguido impedia a utilização das declarações prestadas anteriormente. Com efeito, neste regime ressaltam a protecção do direito à não auto-incriminação do arguido e, em particular, o respectivo direito ao silêncio e a garantia da imunidade do juiz relativamente ao conhecimento das declarações anteriores ao julgamento. Como nota parte da doutrina, neste regime destacam-se a

garantia da voluntariedade das declarações do arguido, cujo núcleo se reporta aos direitos à assistência de defensor e ao direito ao silêncio.

A matéria das declarações anteriores ao julgamento encontra o seu lugar na Convenção Europeia dos Direitos do Homem no art. 6.º, n.º 3, alínea *d*), que prevê o direito do arguido interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação. O TEDH considera que em matéria de declarações processuais de testemunhas anteriores ao julgamento são admissíveis como prova da acusação testemunhos cuja produção não obedeceu a um contraditório adequado, desde que exista indisponibilidade da fonte de prova para depor em audiência ou estejam em causa valores concorrentes. Contudo, para ser admitida a valoração das declarações anteriores nestes casos é ainda necessário que essas declarações não tenham sido decisivas na condenação. Em sentido concordante, no que diz respeito às declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento, o TEDH considera que nada obsta a que essas declarações possam ser valoradas, desde que tenham sido respeitadas garantias essenciais, neste caso, a garantia contra a auto-incriminação e a assistência de defensor. Por isso, o exercício do direito ao silêncio pelo arguido em audiência de julgamento não impossibilita a valoração das suas declarações anteriores, pelo que não há um direito genérico ao apagamento do que foi dito em fases preliminares do processo. Sempre que o arguido teve a possibilidade de contribuir com a sua versão dos factos e desde que respeitadas as suas garantias essenciais, não é exigível que tenha de manifestar sempre a sua vontade de prestar declarações em todas as fases para que se possa recorrer à valoração de declarações anteriores.

O TEDH tem reiterado, em várias decisões, que a função do tribunal consiste em pesquisar se o processo analisado no seu conjunto, incluindo o modo de apresentação e avaliação das provas, revestiu um carácter equitativo.

A recente Revisão do Código de Processo Penal de 2013, introduzida pela Lei n.º 20/2013, orientou-se por tentar corresponder a sentimentos colectivos, procurando reforçar a credibilidade dos cidadãos na Justiça e dotar o sistema judicial de maior eficácia. Mas a Revisão de 2013 não tem na sua génese a constatação, atra-

vés de elementos empíricos e com recurso, por exemplo, a dados estatísticos, de quais as principais falhas no funcionamento do processo penal e dos pontos carecidos de revisão.

Por outro lado, lembramos o Direito não se pode orientar por sentimentos colectivos de insatisfação que mais não são o resultado, por vezes, de incompreensão do sistema judicial e dos fundamentos dos regimes aplicáveis.

Ao invés de proceder a alterações meramente pontuais, a Revisão de 2013 contém alterações de grande repercussão que obrigam a uma reflexão sobre as garantias e os princípios enformadores do processo penal português. Não admira, por isso, que as críticas tenham surgido em diferentes sectores, não obstante outras vozes aplaudirem as alterações preconizadas.

No que concerne à eliminação de o arguido ter de prestar declarações sobre os seus antecedentes criminais, a alteração efectuada pela Revisão de 2013 concretiza a necessidade de salvaguardar o princípio *nemo tenetur*, tendo sido louvada pela generalidade dos críticos da Revisão.

Relativamente às alterações em matéria de declarações anteriores de testemunhas, a nova redacção do n.º 4 do art. 356.º coloca principalmente problemas ao nível da possibilidade de exercício do contraditório.

Uma das alterações mais significativas introduzidas pela Lei n.º 20/2013 incidiu na matéria relativa às declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento, um regime que se destaca por já não permitir que o exercício do direito ao silêncio pelo arguido em audiência de julgamento impeça a leitura e valoração das declarações prestadas em fases anteriores. A modificação introduzida no art. 357.º apresenta um longo alcance com implicações ao nível das garantias de defesa do arguido e dos princípios enformadores do processo penal. Pelo facto de o novo regime das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento vertido no art. 357.º afectar substancialmente o direito à não auto-incriminação do arguido e atentar contra a própria estrutura acusatória enunciada no art. 32.º, n.º 5, da CRP e os princípios da imediação, da oralidade e do contraditório, consideramos que a matéria deveria ser repensada à luz destas exigências, constitucionalmente impostas.

POLÍTICA COM ÉTICA: OS DIREITOS DAS PESSOAS COMO JUSTIFICAÇÃO

Pelo Prof. Doutor Diogo Leite de Campos(*)

SUMÁRIO:

1. Os direitos da personalidade como conteúdo das políticas públicas. **2.** Política com ética. **3.** A ética sem política (O Estado-dos-direitos?). **4.** Política sem ética.

1. Os direitos da personalidade como conteúdo das políticas públicas

As políticas estaduais têm de ser fundadas em valores — do Estado, da sociedade e da pessoa humana — para se" justificarem" (para serem "justas") para poderem ser impostas, para serem Direito (financeiro, do trabalho, da segurança social, etc.). Pois só é lei vinculativa o que é justo e o que é injusto é só força, portanto ilegítimo e que desperta o direito de resistência de cada um e de todos.

Mas… que justiça? Como se encontra a justificação das normas?

A pessoa humana, a sociedade e o Estado são sedes de valores. O Estado existe, não é um mero nome ou uma simples máquina administrativa.

(*) Professor Catedrático de Direito. Advogado.

O bem comum tem um conteúdo material de justiça. E esta justiça é integrada pelos direitos de personalidade sempre em descoberta e aprofundamento, de primeira, de segunda e de terceira gerações. Direitos de conteúdo ético e protector da pessoa e da colectividade perante as outras pessoas e o Estado, mas também deste perante aqueles. Compete (também) ao Estado respeitar aqueles direitos e prossegui-los.

Os direitos de primeira geração (direitos à vida, ao bom nome e reputação, à liberdade de expressão, à associação, à participação politica, de casar, de propriedade, etc.) são direitos de exclusão dos outros e do Estado, de abstenção, de não ingerência na esfera de valores que é a pessoa. Estes direitos devem ser respeitados pelo Estado, como termo mínimo da sua actuação.

Tais direitos estendem-se naturalmente a comportamentos positivos, a prestações do Estado. Assim, o direito à vida — a não se ser privado da vida — aspira a que o Estado e a sociedade forneçam os bens necessários para que a vida não feneça, como alimentação, habitação, etc. O direito a casar-se e a constituir família pretende que seja assegurado a cada um nomeadamente o espaço (casa de morada de família) e o tempo, livre de trabalho, para o casal e os filhos. E seguem-se os outros direitos. Ou seja: os direitos de personalidade têm um duplo sentido de protecção da pessoa: abstenção dos outros e do Estado de intromissão na esfera protegida; fornecimento pelo Estado dos bens necessários para assegurar a sua efectividade. O Estado e os outros se, por um lado, têm de se desinteressar da esfera jurídica da pessoa; por outro têm de contribuir para o preenchimento dessa esfera através de bens diversos. E o Estado caminha de Estado-de-Direito para Estado-de-Direito-social.

Nesta perspectiva, os direitos ainda parecem reduzir-se à pessoa humana, ao indivíduo. Mas, numa terceira fase aparecem os grupos sociais e a própria sociedade em geral como titulares de direitos: os direitos dos idosos, das crianças, das minorias e o direito geral ao desenvolvimento económico e social, entre outros. Tudo direitos no sentido técnico-juridico do termo, envolvendo uma pretensão e um débito, uma pretensão que pode dar origem a uma restauração em espécie ou a um dever de indemnizar por equivalente. Sendo a sanção das normas a sua inconstitucionalidade.

O Estado contemporâneo tem caminhado para um Estado-dos--direitos, no qual a relação Estado/cidadão se articula com base numa rede de pretensões e de deveres de prestação. O Estado exige tributos aos cidadãos; os cidadãos exigem a aplicação das respectivas receitas na satisfação dos seus direitos.

Mas os recursos não são ilimitados: nem os das famílias e empresas para pagarem tributos; nem os do Estado para satisfazerem as necessidades.

Do lado do Estado encontra-se um duplo limite para a cobrança dos tributos.

No nosso modelo de sociedade, os meios de produção (pelo menos a maioria desses meios) pertencem aos cidadãos. Este domínio é justificado em termos da própria expressão da pessoa humana como sede de valores, autonomia/liberdade/dignidade. Os cidadãos pagam imposto sobre os seus bens como preço da liberdade, da propriedade privada e como preservação da pessoa humana que se reconhece em todos os outros com os quais e para os quais vive.

Nestes termos, a cobrança de impostos encontra logo como limite a propriedade privada. Os Estados não podem exigir em impostos uma parte demasiada dos rendimentos das famílias e das empresas. Devendo ser ainda mais contidos no que se refere ao património. Este e o rendimento encontram-se profundamente associados, pois ser proprietário é poder usufruir o bem; fruição que se traduz em poder ser titular dos rendimentos e dispor deles.

Outro limite é constituído pelo respeito dos direitos da personalidade. Estes direitos de conteúdo económico (direitos à habitação, à saúde, à educação, etc.) devem ser prosseguidos primeiro pelo seu titular, na medida da sua vontade e das suas possibilidades. Só complementados ou facilitados pelo Estado. Assim, uma tributação que impeça os cidadãos de prosseguirem os seus direitos seria ilegítima. Como seria ilegítimo impor ao cidadão certas maneiras ou certas vias de satisfação desses direitos em prejuízo do seu direito a construir e a prosseguir o seu projecto de vida.

Há que situar aqui o direito ao desenvolvimento económico e social. A cobrança de tributos não pode esquecer este direito, prejudicando-o gravemente. Seria o caso, por ex., de uma política de consequências recessivas a longo prazo.

As normas constitucionais, dotadas do carácter indeterminado de quaisquer normas, permitem uma boa margem de apreciação e de governo, controlada pelo Tribunal Constitucional.

2. Política com ética

Tudo parece fácil em épocas de abundância, em que o crescimento do PIB permite acréscimos de receitas fiscais e diminuição de necessidades de famílias e empresas a serem satisfeitas pelo Estado. A hierarquização de direitos parece fácil.

E nas épocas de escassez?

Passamos a tratar do Estado-dos-direitos como uma certa expressão pós-contemporânea do Estado-de-Direito-democrático--e-social.

A pretensa oposição entre justiça e eficácia é descabida. Só é eficaz o que for justo. O resto é violência ilegítima.

O Direito tem um fundamento axiológico que é a sua "justificação" — que o faz justo e assim transforma a ordem em Direito. Esta justificação está na pessoa humana enquanto sede de valores e, portanto, de direitos. Mas também na dimensão dos valores sociais. Todos estes a promoverem os valores do Estado previstos na Constituição formal, ou perceptíveis na constituição material. A primeira tarefa do jurista é a procura da conformidade (do "compliance"), da observação destas regras e valores([1]). Tarefa que, em última análise, tem de ser exercida pelos tribunais.

O Direito tem de se limitar a reconhecer a pessoa humana e a declarar os seus direitos que existem "juridicamente" mesmo sem consagração jurídico-formal. Mas tem sempre de se afirmar simultaneamente a dimensão social da pessoa, a existência de um sistema de valores através dos quais a conduta de cada indivíduo (e de todos) é regulada de acordo com os valores sociais. O ser

---

([1]) Vd. Diogo Leite de Campos, *A génese dos direitos da pessoa*, in "Nós — Estudos sobre o Direito das pessoas", Almedina, Coimbra, 2004, p. 54.

humano vive *com os outros* (e gostaria de pensar que vive *para os outros*)([2]).

A concepção da política "eficiente" sem ética, vai contra as mais recentes e democráticas aquisições nesta matéria que não admitem um Estado violento, com força mas sem ética.

O Estado de hoje *("pós-moderno")* já não é o Estado dos *"poderes"*, das sanções, das ordens a que se obedece sem discutir.

Antes de mais, assume uma função *"promocional"* através das *"sanções positivas",* dos incentivos, das recompensas que não visam (directamente) punir os actos socialmente indesejáveis, mas promover os socialmente desejáveis([3]).

Depois, prossegue tal finalidade através de normas de organização que visam promover a associação concertada entre indivíduos e organizações prosseguindo fins comuns.

Finalmente, actua cada vez menos por imposições, ordens ou castigos. E mais por associação dos indivíduos e das organizações à roda de referências comuns de carácter ético-social.

A família, as sociedades, as associações, as organizações políticas estão *"reguladas"* por normas de organização — não por normas de conduta — que permitem e promovem valores ético-jurídicos e sociais.

Há que afastar a concepção do Direito como (só) estabelecendo conexões entre obrigação/coacção/sanções.

Não podemos menosprezar a importância que o *"mero"* imperativo ético ou social e as recompensas de toda a ordem a ele associadas têm no cumprimento das normas.

Nesta ordem de ideias, a emergência financeira tem de respeitar os valores constitucionais, hierarquizando-os embora; deve ser comparticipada pelos cidadãos — condições da sua legitimidade e eficácia. E não ser só financeira, mas ver a sociedade e os seus valores de modo interactivo e interdependente. Serão respeitados os valores constitucionais, sabendo-se que as normas con-

---

([2]) Aut. ob. cits., p. 55.

([3]) Vd. BOBBIO, NORBERTO, *Da estrutura à função*, (trad. em port.) S. Paulo, Manole, p. 2.

têm uma certa margem de indeterminação. E sujeitando-se as decisões ao exame dos tribunais.

As normas imperativas — nomeadamente as que impõem, ou impunham, obrigações — têm-se transformado em relações de associação, na dependência da vontade dos cidadãos, dotadas de sanções reduzidas e *"externas"* a elas([4]).

Combinando o sentido do Estado; a natureza imperativa dos direitos da pessoa; e a impossibilidade de reduzir qualquer política financeira a uma política "meramente" financeira, diria o seguinte.

Qualquer política financeira tem de se integrar numa "política geral" em que se insere a protecção e a promoção dos direitos da pessoa como ingredientes nucleares de qualquer política pública.

Tal política, como qualquer política pública, deve ser entendida e comparticipada pelos cidadãos com objectivos e procedimentos entendidos e partilhados por todos. Os cidadãos não são "sujeitos" ao Estado; é antes este que é um Estado-dos-cidadãos, actuado por estes cidadãos.

Começa assim a delinear-se a legitimidade (e a constitucionalidade) da política, mesmo restritiva, mas também dos seus sentido e limites.

Os direitos da pessoa são limites jurídicos à actividade do Estado e, simultaneamente, valores a promover. Nesta perspectiva, uma política legítima terá de se limitar a estabelecer uma hierarquia de valores; hierarquia manifesta e comparticipada. Por que razão prejudicar um grupo social e não os outros? Por que motivo dar prevalência a um certo fim do Estado (em termos de direito das pessoas) em prejuízo dos outros?

Tal hierarquia de governo da "polis" tem de ser clara em todos os momentos da governação. Compreendida e apoiada como condição da legitimidade das medidas. Tendo de ser particularmente afirmada e justificada em épocas de escolhas difíceis.

Aproveitar o carácter indeterminado das normas que fixam esses direitos como margem de actuação do legislador ordinário.

([4]) Vd. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Pessoa, tempo e agregado social na relação jurídica*, Revista da Ordem dos Advogados, 72, 1, Lisboa, 2012, pp. 23 e segs.

Tudo sujeito ao controlo dos tribunais e à consciência de que só a justiça é eficaz e legítima.

Há alternativa, não digo em teoria, mas na prática?

Julgo que não.

3. A ética sem política (O Estado-dos-direitos?)

Por muita simpatia que atraia à primeira vista, a "mera" ética impondo-se à política é insustentável, mais caracteristicamente em períodos de dificuldade.

O homem moderno é constantemente atraído, sobretudo desde o século XIX, numa progressão constante a acompanhar o progresso das ciências e das técnicas, pelo conceito de possibilidade([5]). A ideia de natureza, como enquadramento e limite do ser humano, é destruída pela liberdade e possibilidade. Ele mesmo e a natureza são postos ao serviço da sua vontade, nos quadros de uma "infinita" possibilidade. Cortando, afeiçoando, reconstruindo-se a si mesmo, à sociedade e ao seu "habitat", sustentado na crença do progresso constante da ciência e da técnica.

O século XX demonstrou as consequências para que contribuiu em maior ou menor grau, tal possibilidade: guerras, genocídios, regimes despóticos, ruínas económicas. Encontrou o ser humano do século XX a barreira das múltiplas impossibilidades inerentes à condição humana.

Não desistindo, tem concentrado, nos quadros de sociedades individualistas a reagirem aos colectivismos do século XX, a atenção em si mesmo.

Ao princípio cristão de que "tudo é possível para quem acredita" (MC, 9, 22) substitui-se o de que tudo é possível para quem tem domínio sobre a matéria. Transferindo a sua confiança de Deus para si mesmo. Descobrindo as suas limitações, tende a voltar a

---

([5]) Sobre estas matérias vd. RANIERO CANTALAMESSA, *Preparai os caminhos do Senhor*, trad. brasil., Edições Loyola, S.Paulo, s.d., p. 102, que serve de base às presentes considerações.

novos colectivismos através da afirmação de direitos (da personalidade) que vinculariam os outros em benefício da vontade do eu. Impondo à sociedade e ao Estado os interesses de alguns ou a vacuidade dos que governam.

Os cristãos entendem que é a fé que abre aos homens todas as possibilidades, porque "tudo é possível para quem acredita" (MC, 9, 22). Acreditar significa "permitir que seja verdade aquilo que nos é dito"([6]).

Sendo a fé e o que dela resulta uma possibilidade aberta a todos, indistintamente, a fé iguala todos os seres humanos em idênticas possibilidades([7]). Fé capaz de vencer o mundo([8]).

Fé que é o contrário da impaciência, do "tudo e já": "A atribulação produz a perseverança, a fidelidade privada e a esperança" (Rm. 5,4)([9]).

Há que reconhecer limites, constrangimentos, sofrimentos — por muito que a ciência e a técnica tenham debelado alguns deles.

Faliu a tentativa marxista([10]) de inventar um "princípio esperança", uma saída para o ser humano através da descoberta do homem oculto, da verdadeira humanidade que há-de vir no fim do processo histórico.

Mas ficou o ser humano que só encontra esperança no seu controlo sobre o mundo material, no qual se incluem ele próprio e os outros. Criando sucessíveis ídolos nas obras das suas mãos. Na esteira do optimismo iluminista.

Por esta via, há uma efectiva transformação da pessoa ("I--You")([11]), à qual é devida uma relação de amor, num objecto ("it") dos interesses dos outros. Transformando-se o I-You em I-It — ao

---

([6]) RANIERO CANTALAMESSA, *ob. cit.*, p. 102.

([7]) Aut. ob. loc. cits.

([8]) Aut. ob. cits., p. 108, cit. S.TO AGOSTINHO, *De civitate Dei*, XVIII, 51, 2.

([9]) Aut. *ob. cits.*, p. 125.

([10]) E. BLOCH, *Das Furschung Prinzip*, 3 vols, Berlin, 1954-9, cit. por RANIERO CANTALAMESSA, *ob. cit.*, pp. 127-8.

([11]) Utilizando expressões de MARTIN BUBER, *I and thou*, trad. ingl. de Walter Kaufmann, "A Touchstone Book", Simon and Schuster, New York, London, Toronto, Sidney, s.d.

contrário do preceito de Kant de que se deve tratar a humanidade, na nossa pessoa como nas outras, como um fim e não como um meio; e também do preceito fundamental do ser humano, de amar os outros como a si mesmo, transformando o próprio "I-You" em "nós". Ao contrário do natural adensamento do mundo do "nós" (feito de muitos I-You), está a expressar-se o mundo do "it" — do "Eu-vós", com um Eu dominante predando os "vós". Em que o Eu não vê o outro([12]). Cada vez mais afastado do "encontro total" que deve caracterizar pais, filhos e irmãos, em que o "You" é visto com o "ser completo de cada um"([13]).

Mas há desvios perturbadores.

O modelo weberiano fundado sobre uma imagem do poder concebido como sistema fechado, no qual se verificam relações hierárquicas de comando e de execução, de objectivos e de meios, é substituído pela imagem de um sistema aberto no qual o poder se constrói "a posteriori", numa relação sempre mutável do sistema com o seu ambiente. Perde-se a dimensão ética do Estado implícita na concepção liberal do Estado de Direito, favorecendo-se o compromisso sempre variável entre interesses em concorrência, em que vence o mais forte.

O indivíduo aparece como o "único" actor social, pronto a assumir-se como o "único" autor de si próprio e dos outros. Dotado de uma vontade ilimitada e não limitável — sobretudo pela norma geral e abstracta, prévia à sua vontade.

A pessoa pode aparecer como obstáculo intransponível a qualquer política restritiva, pois qualquer política deste tipo iria pôr em causa os direitos, iria limitar o seu contudo económico. Cada direito autojustificar-se-ia, sendo injusto qualquer retrocesso no conteúdo prático do direito.

Esta ordem de ideias pode vir a bloquear uma política (sobretudo) financeira suficientemente restritiva para atingir o conteúdo económico dos direitos da pessoa enquanto direitos a uma prestação do Estado (saúde, educação, habitação, etc.). Quando uma

---

([12]) Ao contrário da "saudação eternamente jovem", física, relacional do "Kaffir" "Vejo-te" — MARTIN BUBER, *ob.cit.*, p. 70.

([13]) MARTIN BUBER, *ob. cit.*, prólogo de Walter Kaufmann, p. 17.

situação de emergência financeira pode exigir que, para resguardar o conteúdo essencial de tais direitos, se venha a proceder a restrições (escalonadas e medidas).

Por muito bem assente que esteja (e está) em sede de valores a intocabilidade de prestações do Estado, para salvar a médio ou a longo prazo tais direitos pode ser necessário restringir algo do seu relevo económico a título transitório. Há aqui uma ética que tem de ser graduada através de escolhas políticas. O que não significa discricionariedade do Estado, mas o reconhecimento de uma escala ético-jurídica.

4. Política sem ética

No extremo oposto encontra-se uma política sem ética, radicalmente diversa e com consequências antagónicas.

Para atentarmos só nas suas raízes mais próximas, lembremos que para Montesquieu o indivíduo era súbdito da vontade geral (de si mesmo…). Pelo que a liberdade passava a ser (só) o direito de fazer o que a lei permite ou impõe([14]).

Para controlar a apropriação desta base pelo totalitarismo, exigiu-se, e deu-se como assente, a coincidência do Direito (vontade geral) com a justiça (inerente a essa vontade). A vontade geral não poderia deixar de ser justa.

Conhecendo-se a incerteza desta "justiça" "criaram-se" os direitos da pessoa como condicionantes e limites da vontade geral, como conteúdo do próprio Direito ao auto-limitar-se. Retirando-se ao Direito a característica de mero instrumento de poder. Salvaguardando-se o indivíduo ao afirmar-se a total e incondicionada dignidade do ser humano, para além da conjuntura histórica, do país ou da época. Exigindo-se de qualquer materialismo, de qualquer economicismo, de qualquer ordem de produção que seja justa ao respeitar e promover os direitos da pessoa. Na ausência do que seria ilegítima e, em última análise, ineficaz.

([14]) *Sur l'esprit des lois*, xi, cap. 3.

O que não impediu que as ditaduras, os totalitarismos e os demais excessos dos séculos XIX e XX ocultassem os direitos da pessoa por detrás do interesse geral, da ideologia, da ordem da natureza, etc. Regressando-se às cosmogonias clássicas em que o ser humano é submetido "naturalmente" a leis sociais, físicas, naturais. O racionalismo, o positivismo, certo socialismo etc. remetiam a pessoa para uma concepção positiva da sua liberdade, para a sua submissão a leis da sociedade e da natureza([15]). Os próprios românticos alemães sobrepunham o sentimento de comunidade aos direitos individuais; Comte planeava uma ciência da natureza humana e Zola pretendia uma "literatura governada pela ciência". Descobria-se o sentido da natureza e da sociedade através da ciência. O "Direito" transforma-se na expressão e no instrumento de uma ordenação social mecânica, de um plano económico que faz apelo aos apetites do ser humano, simples objecto da natureza. Os valores (o transcendental) são substituídos pela ciência de base matemática, em que o ser humano e a sociedade se explicam e se dirigem através de modelos matemáticos.

Lenine fixou-se na ideia da matéria como absoluto: contendo uma verdade absoluta que os humanos se deveriam limitar a apreender, a natureza conteria uma lei objectiva da causalidade e da necessidade([16]). Os próprios direitos da personalidade são utilizados com este fim. Afirmando-se (só) um certo sentido da igualdade dos seres humanos, ao reduzirem-se estes a átomos indiferenciados adequados a serem tratados através de análises meramente quantitativas. Análise nos antípodas do Direito enquanto ordem justa e dos direitos da pessoa como sede de valores.

Nesta sequência, em matéria de políticas "rigorosas" (de austeridade, etc.) o ser humano e a sociedade, já reduzidos a meros elementos da natureza, são submetidos a "leis" de discurso matemático com pressupostos fixados pelos poderosos. Uma política financeira de "contenção" pode fazer tábua rasa dos direitos da pessoa, rejeitar a Constituição do Estado e toda a ordem jurídica a

---

([15]) Vd. FRANKLIN L. BANNER, *O pensamento europeu moderno*, I, séculos XVII e XVIII, Lisboa, p. 32.

([16]) Vd. *Materialism and Empirico-Criticism*, in "Colected Works, New York, 1927, cap. "Matter has disappeared".

favor dos objectivos quantitativos dos que têm poder. Estes tendem a privilegiar o crescimento das receitas que vão buscar da maneira mais fácil, onde quer que se encontre a riqueza. Com desprezo dos critérios que fundam a capacidade contributiva (rendimento real, necessidades concretas do contribuinte, composição do agregado familiar, sobrevivência da família ou da empresa, etc.). Reduzindo a vontade geral e o bem-estar social ao resultado de uma (sempre falível) operação matemática.

Agravando os problemas a que se pretendia obviar. Agudizando o estado de emergência financeira e criando sofrimento e conflitos sociais. Perdendo os governantes a sua legitimidade pois esta assenta na justiça.

Quando não deve ser assim.

Qual a razão da organização *"caleidoscópica"* das grandes cidades? pergunta John Holland([17]). Existe nestas cidades uma *"coerência"* que se *"sobrepõe a um fluxo perpétuo de pessoas e estruturas"*([18]), apesar da ausência de planeamento central — ou talvez por causa desta ausência …

Só pode estranhar esta coerência — e Holland não a estranha, antes a explica — quem continuar a pensar que a sociedade é explicável por regras matemáticas assentes no *"pressuposto da linearidade"*([19]).

O todo não é resultante da soma dos valores das partes; e a divisão do todo dá valores diferentes.

Pensou-se até há pouco — e continua a praticar-se este pensamento — que as coisas, os objectos, são independentes uns dos outros, sendo a realidade separável. Hoje caminha-se antes no sentido de não-separabilidade dos objectos.

Detenhamo-nos um pouco nesta não-separabilidade.

Parecia possível separar pelo pensamento a realidade (exterior ao observador) em vários elementos distintos e localizados. É certo que estes elementos podiam interagir, mas só dentro de limites que

---

([17]) *A ordem oculta*, trad. port., 1997, Gradiva, pp. 23 e 24.
([18]) Aut. ob. loc. cits.
([19]) Aut. ob. cits., p. 38.

"lhes eram assinalados". Havia, pelo menos, uma *"relativa"* independência mútua das coisas na realidade do mundo exterior([20]).

A concepção da inseparabilidade, essencial à mecânica quântica, abrange toda a matéria, mesmo a da vida quotidiana. E parece-me transponível para a sociedade humana. Alterando radicalmente a nossa perspectiva dos comportamentos colectivos, nomeadamente dos compostos por um grande número de constituintes idênticos.

Tanto na matéria exterior, como nos grupos sociais, um grande número de elementos da mesma espécie mostra comportamentos novos. Lembremos aqui o princípio da exclusão de Pauli segundo o qual duas partículas idênticas não se podem encontrar no mesmo estado físico. Assim, um estado colectivo deveria ser constituído a partir de estados individuais diferentes.

Voltemos à separabilidade.

Na mecânica clássica um sistema de diversas partículas pode separar-se em tantos subsistemas quantas as partículas.

Na mecânica quântica, para muitos autores, o sistema global será em princípio o único provido de propriedades físicas próprias, não pertinentes necessariamente a cada uma das partículas.

Repito que daqui se podem tirar influências importantes para os conjuntos sociais.

Passemos a um outro dos postulados da física tradicional: o determinismo.

Assentava-se em que era possível prever com segurança a evolução de um sistema físico a partir das suas condições iniciais.

Pelo contrário, a mecânica quântica não é determinista, dando só probabilidades dos diferentes resultados possíveis *"a priori"*.

A física e as ciências sociais dos séculos XIX e XX assentaram demasiadamente no determinismo, sobretudo as ciências sociais por influência de um mecanicismo nem sempre bem entendido.

São as flutuações incontroláveis das variáveis suplementares (ou escondidas) que explicam a não previsibilidade dos resultados.

([20]) Vd. D'ESPAGNAT, B., *"Nonseparability and the tentative descriptions of reality, Physics Reports",* 1984.

Ultrapassando-se a matemática de Newton e de Leibniz que assentava num mundo caracterizado pelo determinismo, pela repetição e pela previsibilidade.

Afirmou-se que conhecimento exacto, do tipo matemático e linear, das leis do movimento e do estado do universo num dado momento permitiria prever a história completa do universo. É o ponto de vista de Laplace ainda no século XVIII.

Isto não é correcto. O universo é um sistema quântico, em termos de, mesmo se o seu estado inicial e as leis fundamentais da matéria fossem dadas, só se poderem determinar probabilidades.

Aliás, mesmo que se ignorassem os problemas da indeterminação quântica, uma alteração muito pequena na situação de partida levaria a uma grande diferença na chegada. A situação inicial seria sempre conhecida só parcialmente.

A realidade, a natureza, não são lineares e dificilmente previsíveis, quanto mais não seja pelo interagir de modos complexos, de factores ocultos. Os sistemas económicos e sociais desafiam a análise matemática e a simulação.

Sendo os sistemas não lineares, pequenas alterações nas entradas podem levar a consequências desmesuradas: o bater de asas de uma borboleta em Coimbra leva, três séculos depois, a um céu azul nas Caraíbas.

Os sistemas muito complexos, à superfície, podem ser gerados por processos simples.

Integra-se aqui a teoria do *"caos"* que assenta em sistemas dinâmicos não lineares. Da interacção das componentes individuais emerge uma propriedade global que não era previsível a partir do que se sabia das partes componentes. E esta propriedade global repercute-se para influenciar o comportamento dos componentes.

As propriedades globais resultam do comportamento agregado dos indivíduos, voltando esse agregado a ser afectado em *"ricochetes"*.

Fiquemos, sem ir mais longe, com a ideia de agregado, de comportamento agregado. É este sistema complexo que produz ordem([21]).

([21]) Para um sumário desta matéria, vd. PAGELS, HEINZ R., *Os Sonhos da razão*,

Parece que a auto organização é uma propriedade dos sistemas genéticos complexos.

Os seres humanos, inseridos numa sociabilidade muito complexa têm a sociabilidade como expressão cultural, não inserida no seu código genético, mas essencial para a sua própria sobrevivência e progresso. A vida do ser humano individual é transformada qualitativamente pela situação de membro de uma entidade maior([22]).

Nesta matéria, e no que se refere à *"querela dos universais"*, afirma-se um realismo moderado: a sociedade e o Estado também existem, mas só depois da pessoa humana.

As comunidades humanas — tal como as dos seres vivos — evoluem na direcção do limiar do caos. Mas é neste limiar que surgem novas propriedades que impedem o caos. Emerge uma dinâmica auto-organizativa, um *"dedo invisível"* (eu falaria do *"dedo de Deus")* que vai promovendo a estabilidade de baixo para cima, até atingir a globalidade da Terra. Ao contrário da teoria de Darwin, a vida não é produto de uma *"série de eventos, mas o resultado de uma dinâmica comum estruturante"*.

Daqui podem tirar-se influências significativas para as sociedades humanas, mesmo para os seus aspectos *"exteriores"*.

Os cultores e práticos das ciências sociais, nomeadamente da economia e da gestão, do Direito, etc., enquadravam o seu pensamento ou a sua acção em pressupostos de previsibilidade e de linearidade, assentes numa *"linguagem"* linear. Em que se partia de um impulso inicial para um resultado final, previsível e controlável.

Gradiva, Lisboa; Mcshea Arun V. Holden, ed., Manchester, Manchester University Press, 1986; LEWIN, ROGER, *Complexidade, A vida no limiar do caos*, Caminho, Lisboa.

([22]) Pode ser associada a esta temática, a da *"inteligência colectiva"* que sustenta (através de múltiplas vozes) que a proximidade das pessoas através das novas tecnologias da informação, tende a criar valores e modelos de comportamento comuns. Entre muitos outros, vd. TOVEY, MARK (ed.), *Collective intelligence, creating a prosperous world at peace*, 2008, Earth intelligence Network, Oakoin; LÉVY, PIERRE, (trad. inglesa), *Collective intelligence, Mankind's emerging world in cyberspace*, s.d., Perseus Books, Cambridge, Mass; SHIRKEY, CLAY, *Here comes everybody: the power of organizing without organizations*, s.d., Penguin Books, N.Y.

Este modelo mecanicista foi posto em causa pela consciência de que o mundo é não linear, complexo, marcado pela natureza e imprevisibilidade.

As organizações — empresas, Estado, por ex. — são sistemas adaptativos complexos, integrados por um sem número de agentes sempre a interagir e assim criando novos comportamentos para o todo de sistema. Nestes termos, os dirigentes políticos, sociais, societários, etc., não podem controlar/determinar as suas organizações, mas só influenciá-las numa certa direcção.

Assim se ultrapassam *"definitivamente"* as teorias que viam na sociedade um organismo/máquina e na fábrica/empresa também uma máquina na qual os trabalhadores eram definidos como unidades passivas de produção([23]).

Os *"gestores sociais"* não devem tentar prever e controlar com muita minúcia, pois assim maior será o desvio final em relação às previsões. E tanto maior quanto a complexidade dos sistemas e o tempo decorrido.

Podem *"compreender-se muito bem"* as partes; mas depois há um estudo sobre o sistema, sobre as interacções das partes, tão importantes como a análise das partes.

Política sem ética? Não. Ética sem política? Pode ser difícil. Regressamos à política com ética, da qual partimos.

([23]) Como queria TAYLOR, FREDERICK WINSLOW, em *The principles of scientific management,* 1911. Vd. a interessante análise crítica de FRIEDMAN, D. H., *Is management still a Science?*, Harvard Business Review, Nov./Dez., 1992, p. 27.

A CESSAÇÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO POR DENÚNCIA JUSTIFICADA

Pelo Prof. Doutor João Espírito Santo(*)

Sumário:

1. Introdução. **2.** A extinção do arrendamento urbano. **3.** Denúncia pelo senhorio. **4.** O regime da denúncia justificada: aspetos gerais. *4.1.* Requisitos do direito de denúncia do senhorio para habitação do próprio ou dos seus descendentes em 1.º grau (art. 1102.º do CC); *4.2.* Requisitos do direito de denúncia do senhorio por razão de demolição do prédio ou realização de obras de remodelação ou restauro profundos; *4.3.* Efeitos póstumos da extinção do contrato pelo exercício da denúncia. **5.** Efetivação da denúncia. *5.1.* Aspetos comuns aos dois fundamentos da denúncia motivada (art. 1103.º do CC, redação da reforma de 2012); *5.2.* Aspetos particulares da denúncia do arrendamento pelo senhorio com fundamento na alínea *a*) do art. 1103.º do CC (necessidade do locado para habitação do senhorio ou de um seu ascendente em 1.º grau); *5.3.* Aspetos particulares da denúncia do arrendamento pelo senhorio com fundamento na alínea *b*) do art. 1103.º do CC (realização de obras de demolição ou restauro profundos que obriguem à desocupação do locado). **6.** A denúncia justificada e o regime aplicável a arrendamentos celebrados antes do início de vigência da Lei n.º 6/2006.

(*) Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa.

A origem do presente texto reside no "guião" da comunicação proferida no *Congresso Intensivo de Arrendamento*, realizado na Faculdade de Direito de Lisboa em 19 de novembro de 2012.

Principais abreviaturas

Ac	Acórdão
CC	Código Civil (1966)
CPC	Código de Processo Civil
DL	Decreto-Lei
NRAU	Novo Regime do Arrendamento Urbano (Novo Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro)
RAU	Regime do Arrendamento Urbano (aprovado pelo DL n.º 321-B/90, de 15 de outubro)
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra

1. Introdução

I. A história da regulação do contrato de arrendamento urbano, desde a sua inclusão, como disciplina contratual específica, no CC, na versão originária([1]), conheceu já uma *descodificação*, efeito do RAU, e uma *recodificação*, no CC, dezasseis anos depois, consequência do NRAU([2]).

Na *recodificação*, a regulação particular do contrato de arrendamento de prédios urbanos tem início no art. 1064.º([3]).

O regime do arrendamento urbano viria a ser objeto de nova reforma, em 2012, através de um conjunto de diplomas cujo *veio central* se recolhe à Lei n.º 31/2012, de 14 de agosto, que alterou o CC, o CPC e a Lei n.º 6/2006. A reforma de 2012 manteve a orientação da integração sistemática da disciplina do arrendamento urbano no CC.

II. O objetivo do presente estudo, atento o seu original propósito([4]), é, essencialmente, o de assinalar as modificações ao regime jurídico da *denúncia justificada* que resultaram da reforma de 2012 do arrendamento urbano.

([1]) Pertencem a este diploma legal os preceitos citados sem indicação da origem, exceto se outra integração sistemática resultar implicitamente do contexto discursivo.

([2]) Sobre a evolução legislativa portuguesa nesta matéria, posterior ao RAU, cf. JANUÁRIO GOMES, "A desvinculação *ad nutum* no contrato de arrendamento urbano na reforma de 2012. Breves notas", em ROA, abr.-set., 2012, pp. 620-622.

([3]) Diversamente, na versão originária do CC, era no art. 1083.º que se iniciava a regulação particular do *arrendamento de prédios urbanos e arrendamento de prédios rústicos não abrangidos pela secção precedente*.

([4]) *Supra*, n. *.

2. A extinção do contrato de arrendamento urbano

O arrendamento, espécie do género locação (arts. 1022.º e 1023.º, ambos do CC), constitui um contrato de execução continuada ou duradoura. Nos termos do art. 1079.º do CC, o arrendamento urbano, independentemente do seu fim (art. 1067.º, n.º 1, do CC: habitacional ou não habitacional)([5]) cessa: (*i*) por acordo entre as partes (revogação); (*ii*) por resolução; (*iii*) por caducidade; (*iv*) por denúncia; e, (*v*) por outras causas legalmente previstas([6]).

Apesar de a inserção sistemática do art. 1079.º se fazer no âmbito de uma regulação geral do arrendamento de prédios urbanos, a *denúncia* só é retomada, na regulação particular do arrendamento para habitação (arts. 1092.º e ss.), nos arts. 1101.º a 1104.º, no âmbito da regulação dos *contratos de duração indeterminada*([7]).

Na verdade, o contrato de arrendamento de prédios urbanos para habitação pode ser celebrado com *prazo certo* ou com *duração indeterminada* (art. 1094.º, n.º 1), o que equivale, em sentido

---

([5]) A separação do arrendamento urbano, quanto ao fim, em habitacional e não habitacional, é originária do NRAU, que, assim, abandonou a clássica distinção do arrendamento urbano em habitacional e para comércio, indústria ou exercício de profissão liberal. Bem andou, nessa matéria, o legislador de 2006. A distinção clássica consistia num arcaísmo, assente em conceções materiais que, em escrito publicado no ano de 2002, abertamente contestámos (cf. João Espírito Santo, "Especificidades dos arrendamentos para comércio ou indústria", em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 471 e 472).

([6]) Em geral, sobre as causas de extinção dos contratos, cf., entre outros, Romano Martinez, *Da cessação do contrato*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006; numa perspetiva de dogmática civilística geral, sobre a extinção do negócio jurídico, cf., entre outros, Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 655 e ss. Em particular sobre a resolução, cf. Brandão Proença, *A resolução do contrato no Direito Civil*, *passim.*

([7]) Januário Gomes, *ob. cit.*, pp. 623 e 624: "[…] não encontramos no Código Civil um regime geral relativo à duração do contrato de arrendamento urbano independentemente do fim […]. A opção foi antes a de consagrar um regime específico para os contratos de arrendamento para habitação […] e um regime de liberdade contratual para os arrendamentos para fins não habitacionais […]. Contudo, uma vez que o regime quanto à duração, denúncia e oposição à renovação do contrato de arrendamento para fins não habitacionais é aplicável supletivamente, por expressa menção do art. 1110.º/1, aos arrendamentos para fins não habitacionais, podemos dizer que, sem prejuízo da exceção consagrada no art. 1110.º/2 […], o regime dos arts. 1094.º a 1103.º constitui, em substância, o regime geral aplicável aos arrendamentos urbanos".

técnico-jurídico, a dizer que pode ser celebrado com sujeição a uma cláusula negocial acessória típica de *termo certo* (art. 278.º) ou sem termo.

O termo certo resulta de: (*i*) convenção das partes (art. 1095.º, n.º 1); ou, (*ii*) da determinação legal — supletiva — do n.º 3 do art. 1094.º (redação da reforma de 2012), que fixa a duração do contrato em 2 anos para o caso de as partes outro não estipularem([8]), sendo que o período convencionado para a duração do arrendamento, diversamente do que sucedia no direito anterior, não está sujeito a um imperativo prazo mínimo (art. 1095.º, n.º 2, redação da reforma de 2012)([9]).

A regulação particular do contrato de arrendamento urbano para habitação de duração indeterminada tem a sua sede nos arts. 1099.º e seguintes, determinando-se, nesse preciso artigo, que *o contrato de duração indeterminada cessa por denúncia de uma das partes, nos termos dos artigos seguintes.*

Segue-se-lhe uma separação de *áreas*: (*i*) a da denúncia por iniciativa do arrendatário, objeto do conjunto normativo reportado no art. 1100.º (redação da reforma de 2012); e, (*ii*) a da denúncia por iniciativa do senhorio, objeto do conjunto normativo do art. 1101.º (redação da reforma de 2012).

([8]) Diversamente, no NRAU, a falta de estipulação da duração do contrato determinava ter-se o mesmo como celebrado por tempo indeterminado (art. 1094.º, n.º 3, do CC). JANUÁRIO GOMES, *ob. cit.*, pp. 625 e 626, suscita a questão de as partes poderem convencionar que o contrato é celebrado por prazo certo, mas de omitirem a concreta indicação do mesmo, sustentando que, nesse caso, em princípio, será de considerar o prazo supletivo do art. 1094.º, n.º 3, solução com a qual concordamos, uma vez que a norma em questão tem *elasticidade* suficiente para abranger quer a hipótese considerada quer a de as partes nada terem estipulado em matéria de duração do contrato, que parece ter sido a que esteve na mais direta mira do legislador.

([9]) Na redação do n.º 2 do art. 1095.º do CC resultante do NRAU, o prazo imperativo mínimo para a celebração do contrato era de 5 anos, exceto no que dizia respeito aos contratos previstos no n.º 3 do mesmo artigo.

3. Denúncia pelo senhorio

O art. 1101.º determina que o senhorio pode denunciar o contrato com duração indeterminada nos casos que enuncia: (*a.*) necessidade de habitação, pelo próprio ou pelos seus descendentes em 1.º grau; (*b.*) para demolição ou realização de obras de remodelação ou restauro profundos que obriguem à desocupação do locado; (*c.*) mediante comunicação ao arrendatário, com antecedência não inferior a dois anos sobre a data em que pretenda a cessação.

A expressão *casos* está utilizada na lei com um sentido amplo, que não equivale a *factos*. Na verdade, se as alíneas *a*) e *b*) do art. 1101.º configuram circunstâncias factuais, a alínea *c*) reporta uma denúncia fundada na pura vontade do senhorio; a denúncia a que se referem as duas primeiras é, pois, motivada ou causal, a da terceira, não motivada ou *ad nutum*. A denúncia configura, pois, um direito potestativo extintivo([10]). Considerando a delimitação do tema de que tratamos — a denúncia justificada —, só os dois primeiros *casos* serão objeto da nossa análise([11]).

A norma do art. 1101.º tem natureza injuntiva, *ex vi* art. 1080.º, o que determina a ilicitude da denúncia com fundamento em *casos* sem previsão legal.

A reforma de 2012 deixou intocados os casos anteriormente previstos no CC como *motivações da denúncia* do contrato de arrendamento urbano para habitação com duração indeterminada [alíneas *a*) e *b*) do art. 1101.º, não obstante a modificação da redação da segunda].

([10]) Sobre a questão, usando embora da terminologia *poder potestativo*, cf. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 217.

([11]) A terminologia legal *denúncia justificada* é passível de uma crítica de falta de rigor técnico, uma vez que, no quadro das causas da extinção do negócio jurídico fixado pela doutrina portuguesa, corresponde, na verdade, a uma *resolução*, fundada numa permissão legal, uma vez que só é admitida para os contratos de arrendamento urbano com duração indeterminada [cf. JANUÁRIO GOMES, "Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento. Considerações gerais", em *O Direito*, 2011, I, pp. 18-20]. Na opção legal, terá o legislador sido eventualmente impressionado pelo efeito retroativo da resolução típica (art. 434.º, n.º 1, do CC). Sobre a questão terminológica, cf. também GRAVATO MORAIS, "Denúncia imotivada do contrato de arrendamento urbano", em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 242.

A necessidade do locado para habitação do senhorio ou dos seus descendentes em 1.º grau, como causa de extinção do contrato por iniciativa daquele, tem tradição no direito nacional. Em traços muito gerais, essa causa de extinção do contrato surgia já nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título LXXIIII *(Em que cafos poderá o senhor da cafa lançar fora della o alugador, durante o tempo do aluguer)*, tendo passado às Ordenações Filipinas, Livro IV, Título XXIV *(Em que casos poderá o senhor da casa lançar fora o alugador)*([12]), e, depois, à Lei n.º 2030, de 22 de junho de 1949 [art. 69.º, *b*)], como fundamento de *despejo para o fim do prazo do arrendamento*. Na versão original do CC, o senhorio não gozava do direito de denúncia relativamente a arrendamentos de prédios urbanos (art. 1095.º), a que, todavia, faziam exceção os casos de necessidade do prédio para sua habitação ou para nele construir a sua residência [art. 1096.º, n.º 1, *a*)([13])]; esta solução passaria depois ao RAU, ampliada, porém, às necessidades de habitação dos descendentes em 1.º grau do senhorio [art. 69.º, n.º 1, *a*)([14/15])]; na *recodificação* de 2006 passou tal caso

---

([12]) "[a] pessoa, que dèr de aluguer alguma casa á outrem por certo preço e a certo tempo, não a poderá lançar fóra della, durando o dito tempo, senão em quatro casos […]. O quarto he, quando o senhor da casa por algum caso, que de novo lhe sobreveio, a ha mister para morar nella, ou para algum seu filho, filha, irmão ou irmã; porque nestes casos poderá lançar o alugador fóra, durando o tempo do aluguer, pois lhe he tão necessária polo caso, que de novo lhe sobreveio, de que não tinha razão de cuidar ao tempo que a alugou" (foi consultada a edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Livros IV e V, Lisboa, 1985, pp. 804 e 805).

([13]) Sobre o assunto, cf., entre outros, PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, Lições policopiadas, Coimbra, 1988, pp. 255 e ss.; PAIS DE SOUSA, *Extinção do arrendamento urbano*, Almedina, Coimbra, 1980, pp. 85 e ss.

([14]) Reportamo-nos à redação originária do preceito, que, para o que aqui interessa, não sofreu alteração substantiva com a redacção que lhe foi dada pelo DL n.º 329-B/2000, de 22 de dezembro, sendo apenas de salientar que a hipótese da necessidade do prédio pelo senhorio para nele construir a sua residência ou dos seus descendentes em 1.º grau passou a constituir a hipótese *a se* da nova alínea *b*). Tenha-se presente, porém, que a norma do art. 69.º, n.º 1, *a*), do RAU, foi declarada inconstitucional, na parte relativa aos descendentes no 1.º grau do senhorio, pelo Ac. do TC n.º 55/99, de 28 de janeiro de 1999 (sobre a questão, cf. PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, pp. 905 e 906). Sobre a evolução histórica deste fundamento de extinção da relação jurídica arrendatícia, cf. JANUÁRIO GOMES, Arrendamentos *para habitação*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1996, pp. 280 e ss.

([15]) Sobre essa *ampliação*, cf. ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, *Sobre a denúncia no contrato de arrendamento urbano para habitação*, Lisboa, Lex, 1996, pp. 82 e ss.

a ser tratado como causa de *denúncia justificada* relativamente aos contratos de arrendamento para habitação de duração indeterminada.

Já no que respeita à denúncia do contrato com fundamento na demolição do prédio ou realização no mesmo de obra de remodelação ou restauro profundos que obriguem à desocupação do locado — cuja primeira configuração, sem a última *qualificação*, remonta à reforma do arrendamento de 2006 [art. 1101.º, *b*), do CC] —, o seu antecedente normativo repousa na alínea *d*) do n.º 1 do art. 69.º do RAU, que lhe foi aditada pelo DL n.º 329-B/2000, de 22 de dezembro: "[…] o senhorio pode denunciar o contrato para o termo do prazo ou da sua renovação nos casos seguintes: […] *d*) [q]uando o prédio esteja degradado e não se mostre aconselhável, sob o aspeto técnico ou económico, a respetiva beneficiação ou reparação e esteja aprovado pela câmara municipal o respetivo projeto de arquitetura". A norma não associava expressamente nenhuma finalidade específica à denúncia do contrato, embora nela se indiciasse tratar-se da demolição do prédio, considerada a referência a um *projeto de arquitetura*([16]). Mas tal finalidade resultava expressa, por um lado, do preâmbulo do referido DL n.º 329-B/2000, e, por outro lado, da nova redação que desse diploma resultava para o art. 1.º, n.º 1, *c*), da Lei n.º 2088, de 3 de junho de 1957: tratava-se da demolição do prédio([17]/[18]). Note-se, aliás, que o art. 73.º, n.º 2,

---

([16]) JANUÁRIO GOMES, "Sobre a (vera e própria) denúncia do contrato de arrendamento. Considerações gerais", em *O Direito*, 2011, I, p. 18, considera que a norma do art. 1101.º, *b*), do CC, resultante do NRAU (reforma de 2006), tem como antecedente a alínea *b*) do art. 1096.º, n.º 1, do CC (versão original), mas "sem correspondência plena". De qualquer forma sempre poderia considerar-se um remotíssimo antecedente no terceiro caso contemplado nas Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título LXXIIII), que legitimava o senhorio *a lançar fora o alugador, durante o tempo do aluguer*, e que era o seguinte: "[…] quando o Senhor da cafa a quer renovar, ou repairar d'alguns adubios, que lhe fom neceffarios, os quaees se nom poderiam fazer rozoadamente, morando o dito alugador em ella".

([17]) *O senhorio pode requerer o despejo para o fim do prazo do arrendamento com fundamento na execução de obras que permitam o aumento do número de arrendatários, ou na necessidade de demolição por degradação do prédio, em conformidade com o projeto aprovado pela câmara municipal* […] *c) Contra arrendatários de prédio urbano degradado, e cuja beneficiação ou reparação não se mostre aconselhável sob o aspecto técnico e ou económico, a fim de proceder à sua demolição.*

([18]) Para um enquadramento histórico da Lei n.º 2088, cf. PIRES DE LIMA, Anotação a Ac do STJ de 14 de maio de 1963, em RLJ, n.º 3621, 1964, pp. 369-373; LUÍS GONÇAL-

do RAU, aditado pelo DL n.º 329-B/2000, remetia para legislação especial o regime da denúncia do contrato prevista na alínea *d*) do n.º 1 do seu art. 69.º; essa legislação especial era, precisamente, a Lei n.º 2088, na redação do DL n.º 329-B/2000([19]).

4. O regime da denúncia justificada: aspetos gerais

O regime aplicável aos *casos* de denúncia justificada do contrato pelo senhorio encontra-se separado pelos dois artigos subsequentes ao que os enuncia (art. 1101.º do CC).

No art. 1102.º (redação da reforma de 2012) determinam-se os requisitos da denúncia para habitação; no art. 1103.º (redação da reforma de 2012) disciplina-se a efetivação da denúncia, para ambos os casos, bem como aspetos substantivos da denúncia em razão de demolição ou de obras de remodelação ou restauro profundos e aspetos subsequentes à denúncia, misturando regras próprias de cada um desses casos e regras comuns a ambos.

4.1. Requisitos do direito de denúncia do senhorio para habitação do próprio ou dos seus descendentes em 1.º grau (art. 1102.º do CC)

O direito de denúncia do contrato pelo senhorio, com fundamento em necessidade de habitação, pelo próprio ou pelos seus descendentes em 1.º grau, depende: (*i*) do pagamento ao arrenda-

---

VES DA SILVA, "Cessação do contrato de arrendamento para aumento da capacidade do prédio", em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 546 e ss. Para uma análise do relacionamento do RAU com a Lei n.º 2088 anteriormente ao DL n.º 329-B/2000, cf. MARIA MANUELA REBELO, "Denúncia do contrato de arrendamento urbano", em *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, 2 (março/1999), pp. 134 e ss.

([19]) Cf., sobre a questão, MARIA MANUELA REBELO, "Denúncia do contrato de arrendamento urbano", em *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, 2 (março/1999), pp. 134 e ss.

tário do montante equivalente a um ano de renda; (*ii*) de ser o senhorio proprietário, comproprietário ou usufrutuário([20]) do prédio há mais de dois anos (relativamente ao direito anterior, reduziu-se, portanto, o prazo, que era de cinco anos) ou, independentemente deste prazo, se o tiver adquirido por sucessão([21]); (*iii*) não ter o senhorio ou o seu descendente em 1.º grau (cf. o n.º 3 do art. 1102.º), há mais de um ano, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes ou no respetivo concelho quanto ao resto do país, casa própria que satisfaça as necessidades de habitação própria ou dos seus descendentes em 1.º grau([22/23]) [tendo sido eliminada na redação do art. 1102.º, n.º 1, *a*), a disjunção de *casa própria ou arrendada*, pode agora concluir-se que o contrato de arrendamento pode ser denunciado com este fundamento se o senhorio habitar em casa arrendada que (*a.*) satisfaça essas neces-

---

([20]) Sobre a admissibilidade legal da denúncia pelo nu-proprietário, cf. PINTO FURTADO, *Manual de arrendamento urbano*, 4.ª ed., Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 922 e ss.

([21]) Este requisito da denúncia remonta, *grosso modo*, ao art. 69.º, n.º 1, *b*), da Lei n.º 2030 (cf. ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, *ob. cit.*, p. 68).

([22]) Descendentes *em 1.º grau* do senhorio são, nos termos conjugados dos arts. 1579.º e 1581.º, n.º 1, ambos do CC, os seus filhos; os adotados plenamente (art. 1977.º do CC) são legalmente equiparados aos filhos (art. 1986.º, n.º 1, do CC).

([23]) A *ratio* do alargamento da *área geográfica relevante*, no caso dos concelhos de Lisboa e do Porto, tem a justificação própria da assumida maior facilidade nas deslocações entre concelhos do que entre os restantes concelhos contíguos do país, proporcionada por uma rede de transportes densificada. Literalmente, a expressão "[…] área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes […]" comporta dois sentidos quanto à localização do locado, que podem relacionar-se gradativamente: (*i*) que o locado se situe nos concelhos de Lisboa ou do Porto; (*ii*) que o locado se situe nos concelhos de Lisboa ou do Porto ou nos concelhos limítrofes. Não vemos razão para sustentar a interpretação mais restritiva — que admitiria, por exemplo, que o senhorio com casa própria no concelho de Lisboa, adequada às suas necessidades de habitação, pudesse denunciar um contrato de arrendamento, para habitação própria, no concelho limítrofe de Odivelas —, que, aliás, é contrária à *ratio* do *alargamento geográfico* (contra, aparentemente, MARIA OLINDA GARCIA, *Arrendamento Urbano. Regime substantivo e processual (alterações introduzidas pela Lei n.º 31/2012*), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 69; sobre a questão, no âmbito do RAU [art. 71.º, n.º 1, *b*)], cf., com posições diversas, PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, pp. 922 e ss., MARIA MANUELA REBELO, "Denúncia do contrato de arrendamento urbano", em *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, 2 (março/1999), pp. 119 e 120, por um lado, e JANUÁRIO GOMES, *Arrendamentos para habitação*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed.,1996, pp. 294 e 295, por outro.

sidades habitacionais, (*b.*) mas não tenha outra casa, própria, que as satisfaça](24).

Estas alterações sugerem, no domínio em análise, uma valorização relativa da posição jurídica do senhorio, sendo que a *ratio* da particular alteração da alínea *b*), do n.º 1 do art. 1102.º parece poder fundar-se *na significativa perda de estabilidade no gozo do imóvel arrendado que resulta da reforma de 2012*(25).

No direito anterior, caso o senhorio tivesse vários prédios arrendados que satisfizessem as necessidades de habitação própria e da família, só poderia denunciar o contrato relativo ao prédio arrendado há menos tempo (art. 1102.º do CC, n.º 3), regra que foi eliminada na reforma de 2012; assim, no novo regime, tendo o senhorio vários imóveis arrendados que satisfaçam as necessidades de habitação, própria ou de descendente em 1.º grau, em termos que permitam a denúncia, poderá optar por denunciar qualquer um dos contratos, independentemente da duração do mesmo e dos restantes(26).

A lei admite a denúncia se se verificar, para o senhorio ou para um seu descendente em 1.º grau, uma *necessidade habitacional*, que é circunstância subjetiva resultante de um facto ou conjunto de factos. Este aspeto releva — crê-se — para a informação que deve ser prestada pelo senhorio ao arrendatário aquando do exercício do direito de denúncia(27).

Registe-se, a terminar, que o conceito de *necessidades de habitação* do senhorio ou do seu descendente em 1.º grau pode atualmente ser concretizado com recurso à aplicação analógica da regra do art. 6.º, n.º 5, do DL n.º 157/2006, de 8 de agosto [redação da Lei n.º 30/2012, de 14 de agosto (adiante denominada reforma de 2012)], fundada numa *presunção* de adequação.

---

(24) Próxima, MARIA OLINDA GARCIA, *ob. cit.*, p. 62.
(25) MARIA OLINDA GARCIA, *ob. cit.*, p. 62.
(26) Assim, também, MARIA OLINDA GARCIA, *ob. cit.*, p. 63.
(27) *Infra*, 5.2.

4.2. Requisitos do direito de denúncia do senhorio por razão de demolição do prédio ou realização de obras de remodelação ou restauro profundos

Não existe na regulação comum do arrendamento norma especialmente dedicada aos requisitos substantivos da denúncia por razão de demolição do prédio ou realização de obras de remodelação ou restauro profundos, ao contrário do que sucede relativamente à denúncia para habitação, do senhorio ou seu descendente em 1.º grau (art. 1102.º do CC).

Tais requisitos encontram-se disseminados pelo art. 1103.º do CC e pelo DL n.º 157/2006, alterado, pela segunda vez, pela Lei n.º 30/2012, de 14 de agosto([28]), que constitui a *legislação especial* a que se refere o n.º 11 do art. 1103.º do CC (redação da reforma de 2012).

Como aspetos dignos de nota, constantes do art. 1103.º, relativamente a essa causa de denúncia, destacar-se-á que: (*i*) o direito do senhorio — à semelhança do que sucede com a denúncia para habitação do mesmo ou dos seus descendentes em 1.º grau — só existe mediante o cumprimento de uma obrigação de cuja prestação o arrendatário é credor, que pode consistir numa indemnização (n.º 6, redação da reforma de 2012); (*ii*) o direito do senhorio também só existe se a operação urbanística que lhe serve de fundamento for deferida *lato sensu* (n.º 3, redação da reforma de 2012), sendo que o controlo administrativo das operações urbanísticas constitui objeto do DL n.º 555/99, de 16 de dezembro([29]), na redação do DL n.º 26/2010, de 30 de março.

([28]) A primeira alteração resultou do DL n.º 306/2009, de 23 de outubro, que visou a harmonização do diploma com o *Regime Jurídico da Reabilitação Urbana em Áreas de Reabilitação Urbana*, aprovado pelo DL n.º 307/2009 e publicado na mesma data.

([29]) Nos termos desse diploma legal, as operações urbanísticas estão sujeitas a controlo (administrativo) prévio, que reveste as modalidades de: (*i*) licença; (*ii*) comunicação prévia; e, (*iii*) autorização (art. 4.º, n.º 1); as obras de *demolição* [cuja definição legal corresponde à *destruição, total ou parcial, de uma edificação existente*; art. 2.º, *g*)], estão, genericamente, sujeitas a licença administrativa, [art. 4.º, *f*)]; as obras de *remodelação profunda* correspondem, nas classificações desse diploma legal, a *obras de alteração* [art. 2.º, *e*)] e, as de *restauro profundo*, a obras de conservação [art. 2.º, *f*)], estando ambas as categorias de obras sujeitas a comunicação prévia, nos termos residuais do art. 4.º, n.º 2, *h*).

Destaca-se também, relativamente ao DL n.º 157/2006, que a delimitação do seu âmbito (art. 1.º, n.º 1) se reporta à determinação do regime jurídico aplicável à denúncia pelo senhorio do contrato de arrendamento, nos termos do n.º 11 do art. 1103.º do CC, embora a isso se não limite, desde a sua versão originária, abrangendo ainda a realização de obras coercivas e a edificação em prédio rústico arrendado e não sujeito a regime especial.

No que respeita à determinação do que sejam obras de *remodelação* ou de *restauro* do locado, conceitos que comparecem, a par da *demolição*, na al. *b*) do art. 1101.º do CC, este enunciado legal não é inteiramente claro quanto a saber se o seu *qualificativo* final "[…] que obriguem à desocupação do locado" se refere apenas às obras de *restauro* ou também às de *remodelação*, sendo certo que a utilização do adjetivo *profundos*, no plural, indicia que quer a remodelação, quer o restauro são qualificados como *profundos*.

O sentido da norma da al. *b*) do art. 1101.º do CC clarifica-se, todavia, com o auxílio do art. 4.º, n.º 1, do DL n.º 157/2006, em qualquer das suas duas sucessivas redações: só se consideram de *remodelação* ou *restauro profundos* as obras que, para a sua realização, *obriguem à desocupação do locado*, sendo que apenas estas constituem causa de denúncia pelo senhorio, nos termos do art. 1101.º, *a*), do CC.

A denúncia do arrendamento põe uma obrigação alternativa — em sentido não técnico([30]) — a cargo do senhorio (art. 1103.º, n.º 6, do CC; art. 6.º, n.º 1, do DL n.º 157/2006, na redação da reforma de 2012): (*i*) ao pagamento de uma indemnização correspondente a 1 ano de renda; ou, (*ii*) a garantir o realojamento do arrendatário por período não inferior a 2 anos.

Como notas deste regime, destacar-se-á que:

a) a escolha da prestação a cargo do senhorio é feita por acordo entre este e o arrendatário (art. 1103.º, n.º 7, do CC; art. 6.º, n.º 1, do DL n.º 157/2006);

b) na falta de acordo, a lei determina que a prestação a cargo do senhorio é a indemnização correspondente a 1 ano de

---

([30]) Cf. o art. 543.º do CC.

renda (art. 1103.º, n.º 7, do CC; art. 6.º, n.º 2, do DL n.º 157/2006);

c) a reforma de 2012 modificou o critério de fixação da indemnização, que antes abrangia "[…] todas as despesas e danos, patrimoniais e não patrimoniais, suportados pelo arrendatário, não podendo […] ser inferior [… a] dois anos de renda" [art. 1103.º, n.º 3, *a*), do CC, na redação da reforma de 2006; art. 6.º do DL n.º 157/2006, na redação originária], passando o mesmo a ser puramente aritmético, não dependendo de concretizações valorativas, como ocorreria no caso dos danos não patrimoniais (art. 496.º, n.º 4, primeira parte, do CC); não parece, todavia, que a vigente regra sobre o montante da indemnização seja injuntiva, nem mesmo no sentido da fixação de um *montante mínimo*;

d) no que respeita ao realojamento do arrendatário, a solução só vigora convencionalmente, determinando a lei que o mesmo tem que se verificar em condições análogas às que o arrendatário detinha contratualmente, quer quanto ao local quer quanto ao valor da renda e encargos (art. 1103.º, n.º 7, do CC; art. 6.º, n.º 1, do DL n.º 157/2006);

e) foi abolida a referência constante do CC ao *mesmo concelho* [redação da anterior alínea *c*) do n.º 3 do art. 1102.º do CC], passando, na nova redação do art. 6.º (n.º 4, primeira parte) do DL n.º 157/2006, a constar a área da mesma freguesia ou freguesia limítrofe, o que é compatível com realojamento em concelho diverso;

f) o realojamento em *condições análogas* é agora densificado na nova redação do art. 6.º (n.º 4, segunda parte) do DL n.º 157/2006: num fogo em estado de conservação igual ou superior ao do primitivo locado e adequado às necessidades do agregado familiar do arrendatário, nos termos previstos na tabela constante do n.º 5 do mesmo artigo.

4.3. Efeitos póstumos da extinção do contrato pelo exercício da denúncia

Nos termos do n.º 5 do art. 1103.º, do CC (redação da reforma de 2012), que sucede ao anterior n.º 2 do mesmo artigo (reforma de 2006), sendo invocado como fundamento para a denúncia o da al. *a*) do art. 1101.º, o senhorio deve dar ao (anterior) locado a utilização invocada no prazo de 3 meses (tendo-se verificado o encurtamento do anterior prazo de 6 meses)([31]) e por um período mínimo de 2 anos (tendo-se verificado o encurtamento do anterior período mínimo de 3 anos)([32]); se o segundo encurtamento se compreende, no contexto geral da reforma de 2012, como solução de melhor tutela do interesse do senhorio, o sentido do primeiro não é inteiramente claro, parecendo mesmo adverso ao sentido geral da reforma.

O dever de ocupação do locado, nos termos cronológicos legalmente indicados, e a correspondente consequência *sancionatória* filiam-se na lei, não constituindo efeitos pós-obrigacionais do arrendamento([33]).

O incumprimento culposo do prazo legal de ocupação do locado pelo senhorio ou pelo seu descendente em 1.º grau, obriga o senhorio ao pagamento de uma indemnização, ao seu antigo arrendatário, correspondente a 10 anos de renda [art. 1103.º, n.º 9, do CC (redação da reforma de 2012)], solução que em concreto pode determinar um montante indemnizatório diverso do que, para as mesmas situações, determinava o anterior n.º 6 do art. 1103.º, na versão da reforma de 2006.

Havendo denúncia pelo senhorio nos termos do art. 1101.º, *b*), do CC, devem as obras de remodelação ou restauro profundos ser

---

([31]) Sobre a questão, e no âmbito da vigência do RAU, cf. o Ac. do TRC, de 19.10.2004, em CJ, ano XXXIX-2004, Tomo IV, p. 31.

([32]) Nos termos do n.º 6 do art. 1103.º do CC, na redacção da reforma de 2006, o incumprimento do dever de ocupação do locado, pelo senhorio ou pelo seu descendente em 1.º grau, no prazo legalmente fixado, determinava ainda o surgimento de um direito do arrendatário à reocupação do imóvel, o que tinha o significado de uma *repristinação* do contrato; esse direito do arrendatário foi eliminado na reforma de 2012.

([33]) Em termos aparentemente diversos, mas que nos suscitam dúvidas quanto ao seu real sentido, MARIA OLINDA GARCIA, *ob. cit.*, p. 71.

iniciadas no prazo de seis meses após a desocupação do locado([34]); o incumprimento culposo do prazo constitui o senhorio na obrigação de indemnizar o antigo arrendatário também no montante equivalente a 10 anos de renda [art. 1103.º, n.º 9, do CC (redação da reforma de 2012)], podendo igualmente dizer-se que, em concreto, a solução pode determinar um montante indemnizatório diverso do que, para as mesmas situações, determinava o anterior n.º 6 do art. 1103.º.

5. Efetivação da denúncia

5.1. Aspetos comuns aos dois fundamentos da denúncia motivada (art. 1103.º do CC, redação da reforma de 2012)

Nos termos do art. 1103.º, n.º 1, do CC, a denúncia com qualquer dos fundamentos previstos nas alíneas *a*) e *b*) do art. 1101.º *é feita mediante comunicação [do senhorio] ao arrendatário com antecedência não inferior a seis meses sobre a data pretendida para a desocupação e da qual conste de forma expressa, sob pena de ineficácia, o fundamento da denúncia*.

Resulta implicitamente da norma que se exige a forma escrita para a comunicação — assim se excecionando o disposto no art. 219.º do CC —, pois se a lei se bastasse com a forma verbal não se compreenderia a formulação relativa a um elemento que *deve constar* da declaração. De qualquer maneira, do art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro (redação da reforma de 2012), resulta expressamente que as comunicações entre as partes num contrato de arrendamento, relativas à cessação do contrato, são realizadas, salvo disposição em contrário, *mediante escrito assi-*

([34]) Concorda-se com MARIA OLINDA GARCIA, *ob. cit.*, p. 74, quanto à sustentação de que "[n]a hipótese de o imóvel, que é objeto da intervenção urbanística, ser composto por várias frações ou andares, arrendados a diferentes arrendatários, deve entender-se que o prazo de seis meses para iniciar a obra se conta a partir da desocupação do último e não de cada um individualmente, quando se trata de uma intervenção urbanística global".

nado pelo declarante e remetido por carta registada com aviso de receção([35]).

A efetivação da denúncia realiza-se, portanto, em termos diversos dos necessariamente judiciais previstos no direito anterior (art. 1103.º, n.º 1, do CC, na redação da Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro; art. 14.º, n.º 1, da mesma lei).

A comunicação da denúncia do senhorio ao arrendatário substitui, portanto, a petição inicial da ação de despejo antes exigida para fazer cessar o arrendamento com esse fundamento. Por assim ser, as anteriores exigências relativas ao ónus da prova dos factos constitutivos do direito do senhorio à denúncia foram transferidas para o âmbito da sua comunicação ao arrendatário: a comunicação tem, sob pena de ineficácia, que indicar expressamente o fundamento da denúncia. Tal comunicação pode servir de base a um procedimento especial de despejo [art. 15.º, n.º 2, *d*), da Lei n.º 6/2006, redação da reforma de 2012], cujo pedido pode ser excecionado, na oposição do arrendatário (art. 15.º-F, n.º 1, da Lei n.º 6/2006), com a alegação da ineficácia da declaração do senhorio.

A comunicação tem que ser efetuada com antecedência não inferior a seis meses sobre a data pretendida para a desocupação do imóvel.

A indemnização que seja eventualmente devida pela denúncia [no caso da alínea *a*) do art. 1101.º, é sempre devida, nos termos do n.º 1 do art. 1102.º; no caso da al. *b*) do art. 1101.º, se for acordada ou, na falta de acordo, nos termos do art. 1103.º, n.º 6, *a*), e n.º 7] deve ser paga ao arrendatário no momento da entrega do locado, sob pena de ineficácia da declaração [art. 1103.º, n.º 8, do CC (quanto ao momento do vencimento, a solução é diversa da do direito anterior, que, como reflexo do exercício necessariamente judicial da denúncia, ocorreria um mês depois do trânsito em julgado da decisão que julgasse procedente o pedido da denúncia (1103.º, n.º 5; versão de 2006)].

Da denúncia não pode resultar uma duração do contrato inferior a 2 anos [art. 1103.º, n.º 10, do CC (diversamente da solução

---

([35]) Assim, também, MARIA OLINDA GARCIA, *ob. cit.*, p. 68; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Arrendamento urbano*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 172.

do direito anterior, no qual a duração mínima do contrato estava fixada em 5 anos; art. 1103.º, n.º 7, do CC, na versão da reforma de 2006)], solução que se harmoniza com a do art. 1102.º, n.º 1, *a*), primeira parte, do CC.

5.2. Aspetos particulares da denúncia do arrendamento pelo senhorio com fundamento na alínea *a*) do art. 1103.º do CC (necessidade do locado para habitação do senhorio ou de um seu ascendente em 1.º grau)

A efetivação da denúncia por meio de comunicação do senhorio ao arrendatário, resultante da reforma de 2012, que abandona a via da necessária ação judicial, constituiu na sua esfera jurídica um ónus de informação relativamente aos factos constitutivos do seu direito. A lei não afirma expressamente que o senhorio deve fazer acompanhar a declaração da denúncia da informação sobre tais factos, bem como dos documentos que os permitam comprovar, mas trata-se da única forma razoável de permitir que o arrendatário possa sindicar o direito alegado pelo senhorio; na verdade, apesar de poder aqui sustentar-se, relativamente ao arrendatário, a aplicação analógica do art. 573.º do CC, uma futura oposição à denúncia teria que se basear na incerteza sobre a existência, ou não, do direito invocado pelo senhorio([36]).

Assim sendo, tratando-se de denúncia do arrendamento para habitação do senhorio, há-de este, na declaração da denúncia, alegar: (*i*) ser proprietário, comproprietário ou usufrutuário do prédio em questão há mais de dois anos, ou, independentemente de prazo, se tiver adquirido o prédio por sucessão; (*ii*) não ter, há mais de um ano, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes, ou no respetivo concelho quanto ao resto do país, casa própria que satisfaça as necessidades de habitação própria (o que implica alegar, se o senhorio for proprietário, comproprietário ou usufrutuário de casa com essas localizações geográficas, que a mesma não satisfaz as necessidades

---

([36]) Concorda-se, assim, com MARIA OLINDA GARCIA, *ob. cit.*, p. 69, que, todavia, não avança uma fundamentação para o "dever de informar" do senhorio.

habitacionais do próprio ou do seu agregado familiar, isto é, das pessoas que com o mesmo convivam em economia comum).

Tratando-se de denúncia do arrendamento para habitação de descendente em 1.º grau do senhorio, há-de este, na declaração da denúncia, alegar: (*i*) ser proprietário, comproprietário ou usufrutuário do prédio em questão há mais de dois anos, ou, independentemente de prazo, se tiver adquirido o prédio por sucessão (art. 1102.º, n.º 2, primeira parte); (*ii*) não ter o descendente, há mais de um ano, na área dos concelhos de Lisboa ou do Porto e seus limítrofes, ou no respetivo concelho quanto ao resto do país, casa própria que satisfaça as necessidades de habitação própria (o que implica alegar, se o descendente for proprietário, comproprietário ou usufrutuário de casa com essas localizações geográficas, que a mesma não satisfaz as necessidades habitacionais do próprio ou do seu agregado familiar, isto é, das pessoas que com o mesmo convivam em economia comum).

Referimos atrás que a *necessidade habitacional* que justifica a denúncia é circunstância subjetiva resultante de um facto ou conjunto de factos. Configurando, portanto, essa necessidade um requisito constitutivo do direito do senhorio, o arrendatário deve poder sindicá-la. Assim sendo, sobre o senhorio impende, igualmente, o ónus de informar o arrendatário dos factos que determinam a referida necessidade habitacional([37]), que, naturalmente, deve ser avaliada em função do eventual agregado familiar que o mesmo congrega([38]).

5.3. Aspetos particulares da denúncia do arrendamento pelo senhorio com fundamento na alínea *b*) do art. 1103.º do Código Civil (realização de obras de demolição ou restauro profundos que obriguem à desocupação do locado)

A comunicação ao arrendatário da denúncia do contrato com fundamento na demolição do prédio ou na realização de obras de

---

([37]) Próxima, Maria Olinda Garcia, *ob. cit.*, pp. 69 e 70.

([38]) Assim, Pinto Furtado, *Manual de arrendamento urbano*, 4.ª ed., Vol. II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 916.

demolição ou restauro profundos, que obriguem à desocupação do locado, deve ser acompanhada:

i. tratando-se de operação urbanística sujeita a controlo administrativo prévio([39]), de comprovativo de que o mesmo foi iniciado e de termo de responsabilidade do técnico autor do projeto, com declaração do mesmo de que a operação *obriga à desocupação do locado* [art. 1103.º, n.º 3, primeira parte, do CC, e art. 8.º do DL n.º 157/2006 (redações da reforma de 2012)];

ii. tratando-se de operação urbanística não sujeita a controlo administrativo prévio([40]), de descritivo da operação urbanística a efetuar no locado, indicando que a operação está isenta de controlo prévio e as razões pelas quais a mesma obriga à desocupação do prédio.

Se a denúncia for motivada pela realização de operação urbanística sujeita a controlo administrativo prévio, deve a mesma ser confirmada, sob pena de ineficácia, e nos termos dispostos no n.º 3 do art. 1103.º (redação da reforma de 2013), mediante segunda comunicação ao arrendatário, acompanhada do comprovativo do deferimento *lato sensu* da operação, sendo que, neste caso, a desocupação deve ocorrer, em princípio, no prazo de 15 dias após a receção da comunicação de confirmação. Cremos, todavia, que uma interpretação razoável da regra (art. 9.º, n.º 3, do CC) determina a inexigibilidade de uma segunda comunicação quando, numa única, relativa a denúncia que tenha por fundamento a realização de obra sujeita a controlo urbanístico, seja transmitido pelo senhorio ao arrendatário o deferimento de operação urbanística sujeita a controlo administrativo prévio, de demolição do prédio ou que obrigue à desocupação do locado se se tratar de obra de remodelação ou de restauro profundos, desde que na comunicação seja indicada data pretendida para a desocupação não inferior a seis meses, assim se cumprindo a antecipa-

---

([39]) *Supra*, n. 27.
([40]) *Idem*.

ção determinada pelo n.º 1 do art. 1103.º do CC, na redação da reforma de 2012([41]).

6. A denúncia justificada e o regime aplicável a arrendamentos celebrados antes do início de vigência da Lei n.º 6/2006

A Lei n.º 6/2006 procedeu, para efeitos de fixação de um regime transitório (Título II), à distinção, por um lado, entre arrendamentos habitacionais celebrados após o início de vigência do RAU (e durante a mesma) e arrendamentos não habitacionais celebrados após as alterações ao mesmo decorrentes do DL n.º 257/95, de 30 de setembro([42]) (Capítulo I), e, por outro lado, arrendamentos habitacionais celebrados antes da vigência do RAU e arrendamentos não habitacionais celebrados antes das alterações introduzidas no mesmo pelo DL n.º 257/95([43]). Essa organização sistemática foi mantida pela Lei n.º 31/2012.

Aos arrendamentos habitacionais celebrados na vigência do RAU e aos arrendamentos não habitacionais celebrados após as alterações ao mesmo decorrentes do DL n.º 257/95, de 30 de setembro, aplica-se o NRAU, com especialidades (art. 26.º, n.º 1, da Lei n.º 6/2006, quer na versão original quer na da Lei n.º 31/2012; há diferenças de redação entre ambas as versões, que, todavia, não têm significado material).

([41]) Próxima, MARIA OLINDA GARCIA, *ob. cit.*, p. 73.

([42]) Este diploma alterou o RAU, passando o mesmo a permitir a *duração efetiva* relativamente aos contratos para *comércio, indústria ou exercício de profissões liberais*, possibilidade que o RAU logo de início admitira para os contratos habitacionais; os contratos de *duração efetiva*, podendo ser extintos no termo do prazo por vontade do senhorio, constituíram a primeira brecha no vinculismo arrendatício nacional (cf., sobre o assunto, JANUÁRIO GOMES, *Arrendamentos para habitação*, 1.ª ed., Almedina, Coimbra, 1994, pp. 197 e ss. e 257).

([43]) Sobre o regime transitório da Lei n.º 6/2006, em geral, cf. ELSA SEQUEIRA SANTOS, "O regime transitório no novo regime do arrendamento urbano", em *THEMIS*, n.º 15, 2008, pp. 83-95.

No âmbito contratual delimitado pelo art. 26.º, n.º 1, da Lei n.º 6/2006, os contratos sem duração limitada([44]) — no caso dos habitacionais, os celebrados na vigência do RAU — passaram a reger-se pelo regime jurídico-civil do arrendamento de duração indeterminada com as seguintes especificidades (art. 26.º, n.º 4, da Lei n.º 6/2006), que relevam para o que aqui se trata: (*i*) continua a aplicar-se o art. 107.º do RAU([45]) — o que significa, relativamente a esses contratos, que não pode o senhorio lançar mão da denúncia justificada [alíneas *a*) e *b*) do art. 1101.º do CC] quando: (*a.*) o arrendatário tenha mais de 65 anos de idade ou se encontre em situação de reforma por invalidez absoluta, ou, não beneficiando de pensão de invalidez, sofra de incapacidade total para o trabalho, no momento em que a denúncia deva produzir efeitos; (*b.*) o arrendatário, nessa qualidade, se mantenha no local há 30 ou mais anos; estas especificidades cessam se se verificar transmissão *mortis causa* da posição contratual do arrendatário para filho ou enteado já após o início de vigência da Lei n.º 6/2006 (art. 26.º, n.º 5, da mesma lei).

Nos casos não abrangidos pelas especificidades assinaladas quanto ao arrendatário, o contrato de arrendamento sem duração limitada que se recolha ao âmbito transitório em causa, pode, pois, ser denunciado nos termos das alíneas *a*) e *b*) do art. 1101.º do CC; assinala-se, todavia, aqui, nova especialidade (art. 26.º, n.º 4, da Lei n.º 6/2006, na versão da Lei n.º 31/2012): a renda, para efeitos do cálculo das indeminizações a que se referem os arts. 1102.º, n.º 1, e 1103.º, n.os 6 e 9, ambos do CC (redação da reforma de 2012), é calculada de acordo com os critérios previstos nas alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do art. 35.º.

Aos arrendamentos habitacionais celebrados antes da vigência do RAU e aos arrendamentos não habitacionais celebrados

---

([44]) Para a crítica da contraposição entre *contratos de duração limitada* (art. 26.º, n.º 3) e *contratos sem duração limitada*, cf. JANUÁRIO GOMES, "A desvinculação *ad nutum* no contrato de arrendamento urbano na reforma de 2012. Breves notas", em ROA, abr.-set., 2012, pp. 642 e 643.

([45]) Sendo de notar que o art. 60.º, n.º 1, da Lei n.º 6/2006, revogou o RAU, "[…] salvo nas matérias a que se referem os arts. 26.º a 28.º da presente lei".

antes das alterações introduzidas no mesmo pelo DL n.º 257/95, de 30 de setembro, aplica-se também o regime do art. 26.º da Lei n.º 6/2006, *ex vi* art. 28.º, n.º 1, com as especificidades constantes dos arts. 30.º a 37.º e 50.º a 54.º, todos da mesma lei.

Para o tema do presente escrito importa considerar, quanto ao âmbito contratual agora em causa (art. 27.º da Lei n.º 6/2006), a regra do n.º 4 do art. 28.º: se o arrendatário tiver idade igual ou superior a 65 anos ou deficiência com grau comprovado de incapacidade superior a 60%, a denúncia pelo senhorio com fundamento na demolição do prédio ou na realização de obras de remodelação ou de restauro profundos implica, se as partes noutra coisa não acordarem — com ou sem extinção do arrendamento —, que o senhorio garanta o realojamento do arrendatário no mesmo concelho e em condições análogas às que este detinha, quer quanto ao local quer quanto ao valor da renda e encargos. A norma não se circunscreve expressamente aos arrendamentos para habitação, mas o seu teor, aludindo ao *realojamento do arrendatário*, parece, de facto, limitá-la a tal âmbito; essa limitação é confirmada pelos arts. 1.º, n.º 2, *a*), e 25.º, ambos do DL n.º 157/2006 (versão da reforma de 2012).

DEVER DE REVELAÇÃO E DIREITO DE RECUSA DE ÁRBITRO

Considerações a propósito dos arts. 13.º e 14.º da Lei da Arbitragem Voluntária

Pelo Dr. Agostinho Pereira de Miranda(*)

À Memória do
Bastonário Mário Raposo

Sumário:

I. Independência e Imparcialidade do Árbitro. **II.** O Dever de Revelação: A) Âmbito do Dever de Revelação. B) Tempo, Modo e Forma da Revelação. C) Omissão de Revelação. **III.** A Recusa de Árbitro: 1) Dever de Abstenção e Objeção à Nomeação. B) O Direito de Recusa; 1. Causas de Recusa; 2. Limites do Direito de Recusa; 3. Processo de Recusa e Procedimento Judicial de Destituição. **IV.** Conclusão.

(*) Advogado. Presidente do Conselho de Deontologia da Associação Portuguesa de Arbitragem.

I. Independência e imparcialidade do Árbitro

1. As exigências de independência e imparcialidade do árbitro não eram expressamente contempladas na *antiga* lei reguladora da arbitragem voluntária (Lei n.º 31/86, de 29 de agosto)([1]). São-no na atual Lei da Arbitragem Voluntária ("LAV"), aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro. Diz o seu art. 9.º, n.º 3:

   "Os árbitros devem ser independentes e imparciais."

2. Contrariamente ao que por vezes se afirma, nem sempre se exigiu dos árbitros que fossem independentes e/ou imparciais([2]). Houve um tempo, não muito distante de nós, em que as partes apenas pediam que os árbitros fossem seus *amigos honrados*. Há menos de um século, em França, uma convenção de arbitragem que não contivesse o nome do árbitro corria o risco de ser declarada nula([3]).

3. Só depois da II Guerra Mundial é que o princípio da imparcialidade e independência do julgador, incluindo o árbitro — com essa ou outras designações([4]) — se tornou, paulatinamente, regra absoluta. E porquê? Segundo Luttrell, porque tal noção estava intimamente associada (ainda que erradamente, em seu entender) à ideia de neutralidade, um conceito fundamental no direito internacio-

---

([1]) O reconhecimento dessa exigência por parte da jurisprudência e da doutrina era, todavia, muito generalizado. O autor tratou este tema em trabalhos anteriores: cf. *Arbitragem Voluntária e Deontologia — Considerações Preliminares*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, 2009, pp. 115 ss; *O Estatuto Deontológico do Árbitro — Passado, Presente e Futuro*, III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), Almedina, 2010, pp. 59 ss.

([2]) Embora na Roma Antiga o árbitro estivesse obrigado a agir de forma justa e com boa-fé, os Romanos não viam qualquer dificuldade em que ele aceitasse dirimir assunto em que tivesse interesse ou participação (Roebuck, D., *Roman Arbitration* (Holo, 2004, p. 57.

([3]) Henry, M., *Le Devoir d'Independance de l'Arbitre*, L.G.D.J., 2001, p. 1.

([4]) *Isenção, objetividade, neutralidade* são outras expressões frequentemente usadas nas leis de arbitragem e nos regulamentos das instituições arbitrais de vários países.

nal público do pós-guerra([5]/[6]). Outra razão para a aceitação do princípio da independência e imparcialidade do árbitro foi o desenvolvimento do direito humanitário no último meio século.

4. Sendo, como são, *atributos* elementares de qualquer árbitro, em que consistem precisamente a independência e a imparcialidade?([7]) A LAV não o diz e nisso está acompanhada pelas leis arbitrais de todos os outros países que se considera terem adotado a Lei Modelo *(Model Law)* da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI/UNCITRAL)([8]/[9]).

5. Importará assim recorrer à doutrina e à jurisprudência. Na esteira do que fizeram vários autores, teremos de começar por perguntar se existe uma diferença entre os requisitos de independência e de imparcialidade. Para certos teóricos, a independência seria uma "noção objetiva", a passo que a imparcialidade seria "subjetiva". Dito doutra forma, a independência visaria uma "situação de facto", a "posição" em que se encontra o árbitro, ao passo que a imparcialidade seria "uma disposição de espírito", uma atitude intelectual. A independência é, assim, considerada como visando a relação entre o árbitro e as partes, enquanto a imparcialidade relevaria da relação entre o árbitro e o objeto do litígio.

([5]) Ainda hoje, a lei norte-americana se refere ao árbitro *non-neutral* (cf. *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* da *American Arbitration Association*, disponível em <www.adr.org>.)

([6]) LUTTRELL, S., *Bias Challenges in International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 68.

([7]) Certos autores chamam-lhe a *Magna Carta* da Arbitragem, cf. LEW, J., *et al., Comparative International Commercial Arbitration,* Kluwer, 2003, p. 95.

([8]) BINDER, P., *International Commercial Arbitration in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Sweet and Maxwell, 2000, p. 84.

([9]) As denominadas *UNCITRAL Model Law Jurisdictions* incluem hoje 65 países (neste número não está ainda incluído Portugal provavelmente porque o governo português não cuidou de transmitir ao Secretariado da UNCITRAL uma alteração legislativa que ocorreu há mais de 2 anos).

6. Em sentido diverso, autores de reputação firmada têm considerado que os dois termos são "juridicamente sinónimos"([10]). Outros entendem que a distinção é pouco relevante e até pedante([11]). Invocando argumentos terminológicos e teleológicos, Clay recusa-se a aceitar a distinção entre independência e imparcialidade([12]) e para Henry o árbitro deve ser independente e, *por isso*, neutro, imparcial e objetivo([13]). Já Luttrell defende que há uma diferença entre os dois conceitos e que, quando muito, eles seriam parcialmente coincidentes([14]).

7. Pergunta-se na doutrina anglo-saxónica em que consiste um árbitro parcial *(biased)*. Segundo boa parte dos autores, tal ocorre quando o árbitro conduz o processo de forma injustificadamente favorável a uma das partes([15]). Neste sentido lato, imparcialidade significaria a ausência de preferência pela parte ou pelo resultado da lide.
   A preferência pela parte pode assumir diferentes formas. Pode resultar da identidade entre o árbitro e a parte, seja no plano jurídico, seja no das características identitárias, como a raça ou a religião. Mas pode também resultar de relação de afinidade familiar, profissional ou comercial. A preferência pelo resultado revelar-se-ia na inclinação do árbitro para decidir o litígio de maneira não conforme à avaliação fundamentada dos factos e argumentos das partes.

8. A parcialidade pode ser *real* ou *aparente*. Ela será real quando se traduza em favoritismo ou antipatia relativamente a uma das partes. Exemplo muitas vezes citado na jurisprudência internacional é o caso *Catalina (Owners)* v. *Norma MV (Owners)*. Um dos árbitros foi destituído depois de lhe ter sido ouvida a afirmação de que "todos

---

([10]) Lord Stern, *ICC Bulletin* 2007 (Special Supplement), p. 95.
([11]) Cf. Luttrell, S., *op. cit.*, p. 19.
([12]) *Op.cit.*, p. 248.
([13]) *Op. cit.*, pp. 152 ss.
([14]) *Op. cit.*, p. 21.
([15]) Lew, J. *et al.*, *Arbitration in England*, Kluwer, 2013, pp. 293-318.

os Portugueses são mentirosos". A sociedade demandada era detida por cidadãos portugueses que aparentemente não gostaram da generalização.

Naturalmente, os casos de parcialidade real são raros. Quanto aos casos de parcialidade aparente, a dificuldade maior é a definição do critério a utilizar para a sua correta identificação. Voltaremos a este assunto quando abordarmos a questão do dever de revelação.

9. A existência de uma predisposição *intelectual* do árbitro a favor da parte que o designa só pode ser posta em causa por um ingénuo ou um hipócrita. Mas uma coisa é essa predisposição de carater geral — alguns chamam-lhe "simpatia"([16]) —, e outra é aquilo que Lopes dos Reis chamava o *comprometimento com a parte*([17]). Este é violador de lei e da ética. Aquele é simplesmente ineficaz se não for temperado por uma atitude de reta procura da verdade e da justiça.

   Quando um árbitro evidencia uma sistemática inclinação a favor da parte que o designou, perde inevitavelmente credibilidade perante os outros membros do tribunal, os quais poderão mesmo ter tendência para compensar essa aparente parcialidade. Se, pelo contrário, revelar independência de julgamento e recetividade aos argumentos de todas as partes, poderá vir a ser uma voz influente no conjunto do tribunal arbitral.

10. Na doutrina portuguesa, poucas vezes a questão da imparcialidade e independência do árbitro tem sido abordada em detalhe. Que saibamos, o tema foi tratado pela primeira vez pelo Bastonário Augusto Lopes Cardoso no seu trabalho, de 1995, *Da Deontologia do Árbitro*([18]).

([16]) WAINEYMER, J., *Procedure and Evidence in International Arbitration,* Kluwer, 2002, pp. 255-382.

([17]) LOPES DOS REIS, J.L., *Representação Forense e Arbitragem*, Coimbra Editora, 2001, p. 161.

([18]) Separata do BMJ, 1995, n.º 452.

Mas só em 2006 foi a matéria retomada de forma sistemática pelo saudoso Bastonário Mário Raposo no seu trabalho *O Estatuto dos Árbitros*, publicado na Revista da Ordem dos Advogados e mais tarde republicado sob o título *Imparcialidade dos Árbitros* no seu livro *Estudos sobre Arbitragem Comercial e Direito Marítimo* (Almedina, 2006).

11. Enquanto Lopes Cardoso diz utilizar os dois conceitos "indistintamente", Mário Raposo optava pelo uso da noção de imparcialidade([19]). No seu último estudo sobre a matéria este autor reafirmava tal posição, concluindo([20]):

> "*De qualquer modo sempre se poderá dizer que a independência será um estatuto que possibilitará e incentivará a virtude da imparcialidade (Sergio Guinchard). Delas advirá a neutralidade, que será a pedra angular de uma correta justiça privada*".

12. A jurisprudência nacional tem sido firme na exigência das garantias de independência e imparcialidade dos árbitros. E tem-no feito à luz de uma lei de arbitragem (a antiga) que era menos do que clara quanto a essa matéria, designadamente por remeter para o regime de impedimentos e suspeições dos magistrados judiciais previsto no Código de Processo Civil([21]). Nesse sentido importa citar o Acórdão n.º 52/92 do Tribunal Constitucional ("TC") que, tratando de um caso que considerou preencher os requisitos de um tribunal arbitral necessário, entendeu ser exigível a todos os árbitros a garantia de independência e imparcialidade, sem as quais — aí se afirma — um órgão não pode ser configurado como tri-

---

([19]) *"Os dois conceitos completam-se. Mas a imparcialidade será, no plano dos princípios (...), a 'virtude' maior"*.

([20]) Revista da Ordem dos Advogados, Abril-Set., 2012, pp. 495 ss.

([21]) Art. 10.º da Lei n.º 31/86, de 29 de agosto.

bunal. A tanto obrigam, segundo o TC, os preceitos dos arts. 20.º, n.º 1 e 206.º (atual art. 202.º) da Constituição([22]).

13. Foi, porém, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2011, de que foi relator o Conselheiro Lopes do Rego, que abordou de forma clara e definitiva a questão da independência e imparcialidade do árbitro. Muito genericamente, tratava-se de um caso em que a cláusula compromissória inserida num contrato de empreitada previa que os advogados das partes e outros seus representantes diretos desempenhassem as funções de árbitros num futuro painel arbitral constituído por 5 elementos. A convenção arbitral foi declarada nula por o Supremo entender que o Tribunal arbitral seria manifestamente desprovido das características de independência e imparcialidade. Também este aresto assenta a fonte destas garantias nos preceitos constitucionais citados no referido acórdão do Constitucional. Mas, para além disso, faz apelo às exigências previstas no *Código Deontológico do Árbitro* aprovado, em 2010, pela Associação Portuguesa de Arbitragem ("APA")([23]). No plano do direito comparado, o acórdão cita as *Recomendaciones Relativas a La Independencia e Imparcialidad de los Arbitros* do *Club Español del Arbitraje*([24]) e as *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (*"as Guidelines"* ou *"as Diretrizes"*), aprovadas pela *International Bar Association* ("IBA") em 2004([25]).
Sendo certo que nenhuma destas decisões jurisprudenciais nos dá uma definição do que sejam a independência

---

([22]) Cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

([23]) Cf. <http://arbitragem.pt/projectos/cda/>.

([24]) Cf. <www.clubarbitraje.com>.

([25]) Cf. <www.ibanet.org>. A tradução para língua portuguesa das *Guidelines (Diretrizes da IBA Relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional)* foi elaborada por uma reputada sociedade de advogados brasileira, mas está longe de ser um exemplo de rigor terminológico.

e a imparcialidade (e particularmente daquilo que eventualmente as distingue), a verdade é que as exigências destes atributos nas pessoas dos árbitros — de todos os árbitros, note-se — era e, com a nova LAV, certamente continuará a ser questão pacífica para os tribunais superiores do nosso país.

II. O Dever de Revelação

14. Diz a sabedoria popular que mais vale prevenir do que remediar. A forma preventiva mais eficaz de assegurar a independência e a imparcialidade do árbitro é sujeitá-lo à obrigação de revelar a informação que possa suscitar dúvidas sobre tais qualidades. É o que impõe a nova LAV no seu art. 13.º, n.º 1:

> "*Quem for convidado para exercer funções de árbitro deve revelar todas as circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência*"

15. Esta obrigação está de tal modo enraizada na prática arbitral internacional comparada que certos autores consideram-na uma regra material da arbitragem([26]). Outros entendem tratar-se de um preceito de lex *mercatoria*([27]/[28]). A questão, assim, não é já a da existência da obrigação([29]), mas antes a determinação do seu âmbito (isto é, a identificação das circunstâncias que devem ser reveladas) e a forma e momento do seu exercício.

([26]) FOUCHAD, P. *et al.*, *International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1998, p. 579.

([27]) ALVAREZ, G., The Challenge of Arbitrators, *Arbitration International 6,* 1990.

([28]) Todavia, a lei inglesa não impõe tal exigência.

([29]) Tal questão colocava-se, porém, e com algum fundamento, em face da lei antiga. Ver a esse propósito a discussão travada aquando da elaboração do Código Deontológico do Árbitro da APA (cf. <http://arbitragem.pt/projectos/cda/>).

A) Âmbito do Dever de Revelação

16. Discute-se na doutrina internacional se o dever de revelação tem natureza subjetiva ou objetiva. Por outras palavras, o critério *(test)* a utilizar pelo árbitro deve ser a *sua* valoração das circunstâncias (naturalmente de acordo com os pressupostos que a lei estabelece para a revelação) ou antes a valoração dessas mesmas circunstâncias por um *terceiro* razoável?([30]) À face da LAV qual destes será o melhor critério para avaliar se estamos perante *"circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas"* sobre a imparcialidade e a independência do árbitro? Em nosso entender deve prevalecer o critério subjetivo, ainda que mitigado.

17. Por isso que foi escolhido, direta ou indiretamente, pelas partes, o árbitro deve poder apreciar a oportunidade de revelar esta ou aquela circunstância sem que a omissão de revelação possa, por si só, constituir causa para a sua recusa. Mas a decisão do árbitro há-de ser aferida "pelos olhos das partes"([31]) como se exige no *General Standard* 3(*a*) das *Guidelines* da IBA.

18. Em abono desta tese interpretativa da nova LAV pode invocar-se a subtil diferença que ela comporta relativamente à Lei Modelo. Enquanto esta se refere à obrigação de revelar *"any circumstances **likely** to give rise to justifiable doubts"*, a LAV contempla *"todas as circunstâncias que **possam** suscitar fundadas dúvidas"* (ênfase nosso). Adotou a nossa lei a mesma solução que o Regulamento de Arbitragem e ADR da Câmara de Comércio Internacional ("CCI") de Paris acolheu aquando da sua revisão em 2012 (art. 11.º-2).

([30]) Um caso extremo de critério objetivo é a extensa lista de circunstâncias que o árbitro deve revelar nos termos da lei de arbitragem do estado do Texas (USA). BINDER, P., *op. cit.*, p. 84.

([31]) Já José Miguel Júdice tinha defendido, ao menos em parte, esta posição (cf. JÚDICE, J. M., *et al, Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, Almedina, 2012, p. 34).

19. Como já acentuava Henry, existe aqui o perigo de uma *dupla subjetividade*: o árbitro deve revelar o que crê que as partes creem ser uma fundada dúvida([32]). Esta dupla apreciação pode levar à autocensura ou … ao bloqueio. Por isso é aconselhável que o árbitro revele as suas relações com as partes, os advogados e os co-árbitros se entender que aos olhos das partes elas podem suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade e independência. Da mesma forma, incumbe à parte informar o árbitro, o tribunal arbitral e a contraparte sobre as relações que tem ou teve com qualquer dos árbitros.

20. A revelação ocorre por norma numa fase em que existe ainda um razoável capital de confiança entre as partes, de um lado, e os árbitros, do outro. É, pois, a melhor altura para esse exercício de *sanitização*. De facto, o árbitro alerta as partes para certas circunstâncias que podem por em causa a sua independência. Mas por outro lado dá um sinal claro da sua probidade. As partes não podem valer-se mais tarde do facto revelado se não tiverem reagido entretanto. Ainda assim, importa perceber os riscos da *sobre-revelação*. A obrigação de revelação pode constituir uma arma perigosa nas mãos de uma parte desleal.

21. Em face do que fica dito, afigura-se-nos crucial encontrar uma base jurídica sólida onde assentar o melhor critério para a identificação das circunstâncias a revelar pelo árbitro. Sabendo nós que a lei é omissa nesse particular e os regulamentos dos centros de arbitragem se limitam as mais das vezes a repetir as expressões da lei([33]), resta-nos

---

([32]) HENRY, M., *L'arbitre,* Dalloz, 2000, p. 323.

([33]) Tal não é certamente o caso do Código Deontológico do CAAD — Centro de Arbitragem Administrativa. No seu art. 6.º, n.º 5, prevê uma lista não exaustiva das circunstâncias abrangidas pelo dever de revelação entre as quais inclui *"qualquer participação em associações que possa originar suspeita fundada da sua capacidade para atuar com imparcialidade e isenção (...)"* — Acesso em: <www.caad.org.pt>.

recorrer à deontologia([34]), uma das expressões do que nos últimos anos se passou a designar por *soft law*. Entre nós o Código Deontológico do Árbitro ("CDA") da Associação Portuguesa de Arbitragem ("APA") trata do dever de revelação no seu art. 4.º([35]). Ainda que carecendo de alguns acertos, o texto do CDA parece ajustar-se às disposições da nova LAV, entretanto aprovada, como assim às considerações acima expendidas.

22. Há, porém, um documento que regula exaustivamente esta matéria e que, apesar de ter apenas 9 anos de existência, é já visto por certos autores como constituindo *lex mercatoria* — as atrás referidas *Guidelines* da IBA([36]).

([34]) Sobre o tema cf. o artigo do autor *Um Código Deontológico para os Árbitros Portugueses*, Boletim da Ordem dos Advogados, Abril 2009, p. 40.

([35]) *"Art. 4.º — Dever de Revelação*

1. *O árbitro e o árbitro convidado têm o dever de revelar todos os factos e circunstâncias que possam fundadamente justificar dúvidas quanto à sua imparcialidade e independência, mantendo-se tal obrigação até à extinção do seu poder jurisdicional.*
2. *Antes de aceitar o encargo, o árbitro convidado deve informar a parte que o houver proposto quanto ao seguinte:*
   a) *Qualquer relação profissional ou pessoal com as partes ou com os seus representantes legais que o árbitro convidado considere relevante;*
   b) *Qualquer interesse económico ou financeiro, directo ou indirecto, no objecto da disputa;*
   c) *Qualquer conhecimento prévio que possa ter tido do objecto da disputa.*
3. *Após aceitar o encargo, o árbitro deve informar por escrito as partes e, tratando-se de tribunal colectivo, os outros árbitros, bem como a instituição responsável pela administração da arbitragem que o tenha nomeado, sobre os factos e circunstâncias previstos no n.º 2, quer preexistentes à aceitação do encargo, quer supervenientes.*
4. *Havendo dúvida sobre a relevância de qualquer facto, circunstância ou relação, prevalecerá sempre o dever de revelação.*
5. *Salvo se outra coisa resultar da mesma, a revelação dos factos e circunstâncias previstos nos n.os 2 e 3 por parte do árbitro convidado e do árbitro não poderá ser entendida como declaração de que aquele não se considera imparcial e independente e que, consequentemente, não está apto a desempenhar as funções de árbitro."*

([36]) LUTTRELL, S., *op. cit.*, pp. 187 ss. O PROF. WILLIAM PARKER afirma mesmo: *"Rightly or wrongly this list has entered the canon of sacred documents cited when an arbitrator's independence is contested"* (PARK, W., *Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent*, San Diego Law Review, 46, 2009, p. 676).

Estas Diretrizes (na terminologia da sua versão, aliás não oficial, em língua portuguesa) foram publicadas, em maio de 2004, pela IBA depois de anos de trabalho de um grupo de 19 membros provenientes de 14 países. Embora não tenham sido recebidas com unânime aplauso([37]) as *Guidelines* são hoje invocadas e aplicadas, tanto em arbitragens internacionais como nacionais, pelos tribunais judiciais e arbitrais de mais de uma dezena de países, incluindo os Estados Unidos da América, a Suíça, o Reino Unido e a Bélgica. Para além disso, as Diretrizes têm sido incorporadas, materialmente ou por referência, nas leis nacionais dos chamados estados *Model Law Plus*, de que são exemplos os Emirados Árabes Unidos e Singapura([38]).

23. No tocante ao dever de revelação, o que as *Guidelines* da IBA têm de particular é o facto de imporem ao árbitro a dupla obrigação de revelar e de investigar qualquer potencial conflito de interesses (*General Standard* 7*c*)). Nisto se diferenciam de outros textos deontológicos como o *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* da *American Bar Association / American Arbitration Association*([39]). Por outro lado, as circunstâncias que devem ser investigadas e reveladas são as que suscitariam fundadas dúvidas "aos olhos das partes" (Princípio Geral 3 *a*))([40]).

([37]) Ver, por todos, os comentários críticos de MULLERAT, R., *The IBA Guidelines in Conflicts of Interest Revisited*, Spain Arbitration Review (vol. 2012, issue 14, p. 61).

([38]) LUTTRELL, S., *op. cit.*, p. 197.

([39]) A obrigação de o árbitro proceder à sua própria investigação já vinha contemplada nas *Rules of Ethics for International Arbitrators* (art. 5.1), aprovadas em 1987 pela IBA e que estão agora parcialmente revogadas pelas *Guidelines*.

([40]) Importa não confundir circunstâncias de revelação com circunstâncias de recusa. Estas últimas vêm previstas no Princípio Geral 2(*b*) das Diretrizes e assumem nesse documento natureza claramente objetiva *("juízo razoável de um terceiro")*. As Diretrizes conseguem assim um difícil equilíbrio entre o *test* subjetivo e o *test* objetivo, este particularmente patente na técnica das listas.

24. O mais original elemento das *Guidelines* é constituído pelas Listas (vermelha, laranja e verde) que, na linha do estabelecido nos *General Standards,* descrevem as circunstâncias concretas que devem ser objeto de atenção por parte do árbitro e das partes. A Lista Vermelha enumera as situações em que existe um conflito de interesses. Em obediência ao princípio da autonomia da vontade, as Diretrizes subdividem a Lista Vermelha em duas: a Lista Vermelha irrenunciável enumera as situações de conflito de interesses que impedem o árbitro de aceitar a missão ou de prosseguir nela; a Lista Vermelha renunciável enuncia situações que devem ser reveladas pelo árbitro, o qual só pode aceitar (ou prosseguir) a missão se as partes, conhecendo embora o conflito de interesses, derem o seu consentimento expresso. A Lista Laranja descreve (de forma não exaustiva) situações nas quais poderá existir um conflito de interesses, dependendo da avaliação das partes. Trata-se, assim, de situações que os árbitros devem revelar. Se as partes não objetarem em tempo útil, entende-se que aceitam o árbitro. A Lista Verde enuncia situações (também de forma não exaustiva) em que não existe conflito de interesses e, por isso, não têm de ser reveladas pelo árbitro.

B) Tempo, Modo e Forma da Revelação

25. A obrigação de revelação pode ocorrer antes ou durante a instância arbitral. Na prática, quando o candidato a árbitro é abordado pela parte, ele revela informalmente (as mais das vezes telefonicamente) as circunstâncias que acha relevantes([41]). Se escolhido e designado pela parte, o árbitro deve revelar tais circunstâncias, mas agora de modo formal([42]), às partes e à instituição arbitral se esse

([41]) Cf. art. 4.º, n.º 2 do Código Deontológico do Árbitro da APA (nota 35 *supra*).
([42]) Cf. art. 4.º, n.º 3 do Código Deontológico do Árbitro da APA (nota 33 *supra*).

for o caso. É hoje ponto assente na melhor doutrina que a obrigação de revelação tem igualmente por destinatários os co-árbitros, por isso que a independência e imparcialidade do árbitro se afere também pelo tipo e extensão das relações que tem com estes([43]). Poder-se-á dizer que há aqui um relevante interesse coletivo de todos os intervenientes no processo arbitral.

26. A nova LAV não especifica quem são os destinatários da revelação quando o candidato a árbitro é "convidado para exercer funções" (art. 13.º, n.º 1). Mas o n.º 2 da mesma disposição estatui:

> *"O árbitro deve, durante todo o processo arbitral, revelar, sem demora, às partes e aos demais árbitros as circunstâncias referidas no número anterior que sejam supervenientes ou de que só tenha tomado conhecimento depois de aceitar o encargo".*

Temos assim que, iniciada a instância arbitral, se surgirem circunstâncias sujeitas a revelação, esta há-de ser dirigida às partes *e* aos árbitros. Se tal regra vale para as circunstâncias supervenientes, também há-de valer, por maioria de razão, para as circunstâncias *originárias*, isto é, existentes no início do processo arbitral. Forçoso é assim concluir que, iniciada a instância arbitral, a obrigação de revelar as circunstâncias relevantes tem por destinatários tanto as partes como os co-árbitros([44]). Previamente ao início da instância, a revelação dirige-se apenas à parte que formulou o convite ao candidato a árbitro.

27. Como resulta da disposição da LAV acima citada, a obrigação de revelação é contínua, que o mesmo é dizer, permanece durante a instância arbitral([45]). Em princípio o âmbito da revelação e a sua fundamentação jurídica são

---

([43]) Barrocas, M.P., *Manual de Arbitragem* (Almedina, 2010), p. 292. A mesma exigência vem prevista nas *Guidelines* da IBA (3.*a*)).

([44]) É a solução também contemplada no CDA, cit., art. 4.º, n.º 3.

([45]) *Guidelines* da IBA, *General Standard 3(d)*.

os mesmos, variando apenas o momento em que surge (ou é conhecida) a circunstância objeto de revelação([46]). Mas se é assim em teoria, nem sempre o é na prática. Consoante a arbitragem vai prosseguindo e o momento da prolação da sentença se vai aproximando, a parte que se sentir em desvantagem pode tornar-se mais sensível a circunstâncias que, numa fase anterior do processo, teria achado não reveladoras de parcialidade. Isto é, a posição do árbitro tem tendência para se fragilizar([47]).

Pergunta-se: a obrigação de revelação mantém-se para lá do momento da prolação da sentença final e durante o prazo em que pode ser objeto de anulação (ou de recurso, se este tiver sido convencionado)? O melhor entendimento parece ir no sentido de uma resposta negativa. Ainda assim, afigura-se-nos que a obrigação repristina-se se a sentença final for objeto de pedido de retificação ou esclarecimento nos termos do art. 45.º da LAV.

28. É da maior importância perceber que a revelação não implica por parte do árbitro a admissão da existência de qualquer conflito de interesses([48]/[49]). Muito pelo contrário: se o árbitro não se considerasse independente e imparcial não teria aceite o encargo e, consequentemente, não teria procedido à revelação. O objetivo da revelação é permitir às partes (e aos co-árbitros) determinarem se concordam com a avaliação feita pelo árbitro e, sendo necessário, obterem mais informação. Esta é aliás uma das razões por que, na dúvida sobre a relevância da informação, o árbitro deve optar pela revelação. É a solução acolhida, sem qualquer ambiguidade, nas *Guidelines* da IBA (3.*c*)).

([46]) Veja-se a propósito, e confirmando o mesmo entendimento, a sentença da *Cour de Cassation* de Reims de 2 de Novembro de 2011, no *caso Tecnimont.* Acesso em: <http://www.ohada.com/fichiers/newsletters/1479/Arret-Avax-CApp-Reims-2-novembre-2011.pdf>.

([47]) Clay, T., *op. cit.*, p. 340.

([48]) *Guidelines* da IBA, General Standard 3, (*b*).

([49]) CDA, art. 4.º, n.os 4 e 5.

29. A parte que não objetar expressamente à permanência do árbitro em face das circunstâncias reveladas por este não pode suscitá-las mais tarde, entendendo-se que renunciou ao direito de as invocar, designadamente para efeitos de recusa do árbitro([50]). A LAV, na linha das disposições da Lei Modelo, contempla este mesmo princípio, estabelecendo designadamente o prazo de 15 dias para a parte iniciar o processo de recusa do árbitro (art. 14.º, n.º 2). Não o fazendo, e salvo se outra coisa houver sido acordada entre as partes nos termos do n.º 1, caduca o direito de recusa. De igual forma, a parte não pode prevalecer-se das circunstâncias reveladas pelo árbitro e às quais não tenha objetado, para posteriormente requerer a anulação da decisão arbitral ou opor-se à sua execução (art. 46.º, n.º 4).

30. Com relação a certas circunstâncias geradoras de conflito de interesses não é possível a parte exercer o direito de renúncia. Trata-se de situações em que o princípio da autonomia da vontade cede perante a exigência legal da independência e imparcialidade do árbitro. As Diretrizes da IBA preveem como tal as situações descritas na Lista Vermelha irrenunciável, em obediência ao princípio de que ninguém pode ser juiz em causa própria.

31. Abordámos até agora situações em que a parte tinha a informação transmitida pelo árbitro e decidiu não atuar. Coisa diferente será ela desconhecer informação relevante sobre o árbitro que poderia obter através de um esforço de investigação próprio. No limite poderá tratar-se de factos públicos ou notórios. Afigura-se-nos que os princípios da transparência, colaboração e boa-fé impedem que a parte possa ser prejudicada pela sua falta de diligência na obtenção de informação que, em qualquer caso, o árbitro estava obrigado a revelar. Outra será,

---

([50]) *Guidelines* da IBA, General Standard 4 (*a*).

porém, a situação em que a parte suspeitar da existência de circunstâncias comprometedoras para o árbitro mas, de má-fé ou reserva mental, optar por investigá-las e só as trazer ao processo em momento ulterior. Tais circunstâncias não devem ser levadas em linha de conta, por ofensa aos princípios acima aludidos.

32. Não diz a LAV que forma deve assumir a obrigação de revelação, e é de crer que a liberdade de que os árbitros portugueses têm gozado neste domínio continue a ser defendida ainda por muito tempo. Todavia, considerações de segurança jurídica e de cautela mínima impõem que a mesma seja feita por escrito. É a regra consagrada no Código Deontológico do Árbitro (art. 4.º, n.º 3) e em alguns regulamentos de centros de arbitragem nacionais. A prática internacional cimentada à luz da Lei Modelo vai cada vez mais no sentido da existência de uma formal declaração de independência e imparcialidade, à imagem do que existe há vários anos na CCI Paris([51]). Na linha do que fizeram várias instituições de arbitragem em todo o mundo([52]), também em Portugal é exigido documento semelhante pelo Centro de Arbitragem da CCI Portuguesa([53]). O Conselho Deontológico da APA está presentemente a elaborar as alterações ao texto do Código Deontológico do Árbitro exigidas pela entrada em vigor da LAV e esta questão terá certamente de, nesse contexto, ser ponderada e, em última análise, decidida pela Direção da Associação.

([51]) Desde as modificações introduzidas em 2012 no Regulamento de Arbitragem e ADR da CCI, tal documento passou a designar-se por Declaração de Aceitação, Disponibilidade, Imparcialidade e Independência (art. 11.º, n.º 2 do Regulamento).

([52]) Entre outras é de destacar a LCIA, a AAA e o Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo.

([53]) Art. 10.º, n.º 2 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem da ACL.

C) Omissão de Revelação

33. No passado não era raro encontrar autores a defender a tese de que a omissão de revelação de informação relevante pelo árbitro era, por si só, razão bastante para suspeita e que, em última análise, poderia conduzir à anulação da decisão arbitral e/ou à responsabilidade do árbitro. Os mais conservadores entendiam mesmo que pouco importava se as circunstâncias não reveladas não fossem sequer de molde a justificar a recusa do árbitro([54]). Suportavam tal opinião no texto do art. 4.º-1 das *Rules of Ethics* da IBA([55]). Mas hoje esta posição já não parece sustentável em face da posição assumida nas *Guidelines* no sentido de que a não revelação é uma questão distinta da que consiste em saber se o árbitro é imparcial e independente([56]/[57]). Só a caracterização em concreto das circunstâncias reveladas pode justificar a conclusão sobre a falta de independência ou imparcialidade do árbitro.

34. Por regra, os textos das leis nacionais não preveem explicitamente as sanções aplicáveis à ausência de revelação. Mas a jurisprudência dos tribunais superiores (particularmente em França e nos Estados Unidos da América) sobre esta matéria é muito rica e variada. A falta, total ou parcial, de comunicação de circunstâncias relevantes pode conduzir à recusa do árbitro mas também à sua res-

---

([54]) Craig, L., *et al.*, International Chamber of Commerce Arbitration, Oceana 2000, 215.

([55]) *"Failure to make such (...) disclosure creates an appearance of bias, and may of itself be a ground for disqualification even though the non-disclosed facts or circumstances would not of themselves justify disqualification"*.

([56]) *"In view of the Working Group, non-disclosure cannot make an arbitrator partial or lacking Independence; only the facts or circumstances that he or she did not disclose can do so"* (*Guidelines* da IBA, *Application of the General Standards*, 5).

([57]) Esta posição ganhou uma nova credibilidade com a sentença francesa de 10 de outubro de 2012 da *Cour de Cassation* no caso *Neoelectra Group v. Tecso*. Acesso em: <http://www.kluwerarbitration.com>.

ponsabilidade civil (contratual ou extra-contratual) e, bem assim, à anulação da sentença arbitral([58]).

35. Contrariamente ao que alguns pretendem, a falta de revelação não está abrangida pela regra da imunidade jurisdicional do árbitro. Trata-se antes da violação dos deveres deste para com as partes, quer esta violação ocorra antes de aceitar o encargo quer depois. Para os defensores da natureza contratualista das relações entre o árbitro e as partes estaremos no primeiro caso perante uma situação de responsabilidade pré-contratual ou mesmo extracontratual; no segundo, de responsabilidade contratual. Mas a questão pode assumir contornos mais subtis. A ocultação de uma circunstância relevante pode desencadear a anulação da convenção arbitral por erro sobre as qualidades do árbitro que conduziram à sua nomeação. Daí resultaria a nulidade do contrato de árbitro e consequentemente do processo arbitral([59]). Estaríamos claramente no domínio da responsabilidade delitual. Outros autores defendem que a falta de revelação de circunstância relevante conduzirá à composição irregular do tribunal arbitral, subsistindo o contrato do árbitro e, por isso, colocando-se a questão em sede de responsabilidade contratual. Para os seguidores da tese jurisdicional da natureza da missão do árbitro, estamos sempre no campo da violação dos deveres éticos daquele. Por isso é no domínio da responsabilidade delitual que a falta do árbitro há-de ser apreciada([60]).

36. A anulação da sentença arbitral em virtude de ocultação de informação relevante exige cada vez mais que se comece por dissociar o árbitro da sentença. É certo que, sendo omitidas circunstâncias que o árbitro deveria ter revelado, a sentença pode estar viciada de parciali-

---

([58]) CLAY, *op. cit.,* pp. 337 ss.

([59]) Há quem entenda que, sendo o contrato de árbitro nulo, não pode servir de fundamento à obrigação de revelação (HENRY, M., *op. cit.*, pp. 239 ss).

([60]) HENRY, M., *op cit.,* p. 243.

dade([61]). Mas nem sempre é assim. Numa posição que hoje seria mais difícil de sustentar — mas muito na linha da jurisprudência dos tribunais suíços — Fouchard defende que a execução de uma tal sentença poderia violar princípios de ordem pública([62]/[63]/[64]) e, como tal, ser nula e insuscetível de execução. Mas este autor também defendeu sempre que o dever de revelação é universalmente reconhecido e que constitui um princípio inderrogável da arbitragem moderna([65]).

III. A Recusa de Árbitro

37. Diz-se por vezes que a recusa de árbitro é outro meio *preventivo* de assegurar a independência e imparcialidade do árbitro. De facto, não é bem assim. Como veremos, apenas a *auto-recusa* do candidato a árbitro atuará ainda na fase em que a obrigação de independência e imparcialidade não foi violada. A recusa no sentido em que a LAV utiliza a palavra tem uma natureza *sancionatória*, ocorrendo num momento em que o árbitro já violou o dever de independência e imparcialidade([66]).

([61]) A anulação à face da nova LAV poderia fundamentar-se na violação dos preceitos previstos no art. 46.º, n.º 3, al. *a*), *ii*) ou *iv*).

([62]) FOUCHARD, P., *et al., International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1999, p. 465.

([63]) Entre nós, Manuel Pereira Barrocas parece defender posição idêntica (BARROCAS, M. P., *op. cit.,* p. 298, nota 40).

([64]) Sobre o conceito de ordem pública como fundamento para a anulação da sentença arbitral, *vide* o artigo de DÁRIO MOURA VICENTE *Impugnação da Sentença Arbitral e Ordem Pública*, em Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume II, Almedina, 2013.

([65]) FOUCHARD, P., *op. cit.*, p. 579.

([66]) *"Um árbitro pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes convencionaram (...)"* — art. 13.º, n.º 3 da LAV.

É, pois, um meio curativo (um remédio) para preservar a independência e imparcialidade do árbitro e, com isso, a regularidade da arbitragem. A LAV acentua este caráter sancionatório ao falar de *destituição* como efeito jurídico do processo de recusa([67]).

À auto-recusa acima referida, a que alguns autores chamam *escusa*, preferimos chamar *abstenção*([68]). Diferente desta, mas comungando da sua natureza preventiva, é a *objeção* à nomeação proveniente dos co-árbitros, das partes ou até da instituição arbitral quando esse for o caso.

A) Dever de Abstenção e Objeção à Nomeação

38. A escolha do árbitro é uma operação delicada, na qual se joga boa parte do sucesso da arbitragem. Ainda assim, nem sempre as partes dedicam a esta tarefa todo tempo e energia que a sua importância amplamente justifica.

Uma boa prospeção do melhor candidato – a um tempo imparcial e sensível à posição da parte que o escolhe – exige trabalho e bom senso. O princípio de que ninguém pode ser juiz em causa própria (*nemo judex in sua causa*) impõe ao candidato a árbitro que se abstenha de aceitar a designação sempre que tenha quaisquer dúvidas sobre se é e pode permanecer independente e imparcial durante o processo arbitral. Este princípio aplica-se independentemente da fase em que se encontrar o processo arbitral([69]).

O dever de abstenção é particularmente vincado quando

([67]) *"Se a destituição do árbitro recusado não poder ser obtida segundo o processo convencionado pelas partes ou nos termos do disposto no n.º 2 do presente artigo (...)"* — art. 14.º, n.º 3 da LAV.

([68]) É também a terminologia seguida na *Recomendaciones* do Club Españhol del Arbitraje (n.º 8. *Deber de abstención*).

([69]) No decurso da arbitragem melhor se chamará *renúncia* do árbitro àquilo que no texto chamamos *abstenção* quando ocorre antes da aceitação do encargo por parte do árbitro.

existe identidade jurídica entre a parte e o árbitro, quando o árbitro é o representante legal da parte (ou uma sua subsidiária) ou quando o árbitro tem um interesse patrimonial ou pessoal significativo na causa([70]).

39. A não nomeação do candidato é o meio mais eficaz e seguro para evitar males maiores, designadamente a recusa do árbitro. Se, em face do que sabem e antes mesmo de qualquer revelação por parte do candidato a árbitro, os co-árbitros ou as partes duvidam da sua independência ou imparcialidade, poderão manifestar à parte que sugeriu o respetivo nome o seu desacordo com a escolha. O mesmo se diga quando esta é feita por uma instituição arbitral([71]). A situação que pode ocorrer é a da recusa sistemática de nomes propostos por uma das partes. Aí afigura-se que poderá aplicar-se, por analogia, o mecanismo previsto na lei para a recusa do árbitro (art. 14.º, n.º 3) e socorrer-se a parte da intervenção do tribunal judicial competente.

B) O Direito de Recusa

40. A recusa é a sanção natural da violação do dever de imparcialidade e independência, mas, como atrás acentuámos, na lógica da nossa lei ela só ocorre depois da constituição do tribunal arbitral.
O direito de recusa do árbitro foi consagrado nos ordenamentos jurídicos continentais mais cedo no que nos países do sistema de *common law*. Tal verificou-se através

---

([70]) Estas circunstâncias estão claramente descritas na já famosa *Lista Vermelha Não Renunciável* das *Guidelines* da *IBA*. Curiosamente, as *Recomendaciones* do Club Españhol del Arbitraje preveem que as partes aceitem o árbitro afetado por tais circunstâncias (número 10 — *Aceptación por las partes de una Circunstancia de Abstención*), o que, no entender de alguns juristas daquele país será sempre ilegal por violação do princípio de ordem pública nacional.

([71]) O Secretário-Geral da CCI tem o poder de objetar à confirmação do árbitro escolhido pela parte e remeter a decisão sobre a sua nomeação para corte da CCI (arts. 12.º e 13.º do Regulamento da CCI).

da transposição sistemática do regime de impedimentos e escusas dos magistrados judiciais([72]). Deste jeito, e esse é um vício que ainda ocorre, por exemplo, em certos regulamentos de instituições arbitrais, utilizavam-se os mesmos parâmetros para apreciar a independência dos árbitros e a dos juízes estatais. Mas essa lógica estava condenada a entrar em crise, por isso é que a independência dos juízes se afirma perante o poder político, ao passo que a dos árbitros tem as partes por principais destinatários([73]). Se os países de direito continental estavam preparados para aceitar o instituto da recusa do árbitro, a exemplo do que já sucedia com os juízes, nos países anglo-saxónicos não existia, por regra, tal possibilidade. Nestes o juiz é um *grande senhor,* e só a ele cabe decidir se tem condições para julgar o pleito([74]). Mas hoje em dia tanto nos EUA como na Inglaterra a recusa de árbitro é um direito reconhecido às partes, ainda que no primeiro caso ele resulte, não da lei federal, mas antes de *case law* através do instituto do *equity power* (poder de equidade) inerente à competência dos tribunais americanos([75]).

1. Causas de Recusa

41. Nos termos da LAV, o árbitro *só* pode ser recusado com dois tipos de fundamentos: (*a*) a existência de *"circunstâncias que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a*

([72]) A lei arbitral portuguesa seguiu esse caminho até 2011 (cf. art. 10.º, n.º 1 da agora revogada Lei n.º 31/86, de 29 de agosto).

([73]) Provavelmente o primeiro indício, no nosso tempo, de que a identificação entre juiz estatal e árbitro não seria justificada foi o voto de vencido de dois juízes do Supremo Tribunal de Justiça norte-americano no caso *Commonwealth Coatings, Corp* (1968), os quais defendiam que os princípios da deontologia judiciária não eram aplicáveis, *qua tule*, à deontologia arbitral — HENRY, M., *op. cit.*, p. 299.

([74]) DAVID, R., *Conception Française et Conception Anglaise de L'arbitrage*, 1972, p. 354.

([75]) O *Arbitration Act* inglês prevê a destituição *(removal)* do árbitro pelas partes (art. 23.º) ainda que o faça de modo algo restritivo.

sua imparcialidade ou independência" ou (*b*) se o árbitro *"não possuir as qualificações que as partes convencionaram"*. Dados os limites que fixamos para o âmbito deste trabalho, vamos apenas atentar no primeiro tipo de fundamentos.

Começaremos por sublinhar que a nossa lei tem uma enumeração exaustiva dos fundamentos para o exercício de direito de recusa. Quaisquer outras razões ou agravos contra o árbitro, por legítimos que sejam, não servem de fundamento para a sua recusa. Se o árbitro for menos diligente para com a parte, incompreensível, ou mesmo desrespeitoso, não pode a parte invocar o facto para, apenas com tal razão, o recusar. Outro aspeto de importância muito relevante é que a LAV se refere a "circunstâncias que **possam** suscitar fundadas dúvidas" sobre a imparcialidade ou independência do árbitro (ênfase nosso). Nisto a LAV distingue-se da Lei Modelo([76]) que exige para fundamentar a recusa que se trate de "circunstâncias que suscitem fundadas dúvidas" *("circumstances exist that give rise to justifiable doubts")*.

42. De facto, a Lei Modelo distingue entre estas *circunstâncias de recusa* e as *circunstâncias de revelação ("circunstances likely to give rise to justifiable doubts")*, estas últimas mais abrangentes do que aquelas. Mas a lei arbitral portuguesa utiliza a mesma expressão para umas e outras. Assim fazendo, a nossa lei alarga o leque de circunstâncias fundamentadoras da recusa. Desde que "*possam* suscitar fundadas dúvidas", as circunstâncias poderão ser invocadas para recusar o árbitro. Em nosso entender trata-se de uma má escolha de palavras que certamente irá favorecer mais casos de recusa de árbitro sem motivos atendíveis.

([76]) Já atrás acentuámos outro semelhante (ainda que diferente deste) desvio da letra da Lei Modelo quando abordámos a questão do âmbito do dever de revelação (*supra*, n.º 16).

43. E que circunstâncias haverão de ser essas que, podendo suscitar fundadas dúvidas sobre a imparcialidade e independência do árbitro, são as únicas suscetíveis de, nos termos da lei, fundamentar a recusa com esse fundamento?

Na medida em que, na letra e economia da LAV, não há diferença entre circunstâncias de revelação e circunstâncias de recusa, a resposta àquela pergunta foi dada quando, acima (n.º 16 e seguintes), abordámos a questão do âmbito do dever de revelação.

Assim, o árbitro pode ser objeto de recusa quando existam circunstâncias que, aos olhos das partes, possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua imparcialidade ou independência. Como é bom de ver, se o árbitro revelou tais circunstâncias e as partes não objetaram, ele não poderá ser subsequentemente recusado, como vimos acima (n.º 29) e de acordo, designadamente, com o disposto no art. 46.º, n.º 4 da LAV.

44. Ao passo que nos países da Lei Modelo o teste utilizado para a determinação da inexistência de imparcialidade ou independência é invariavelmente o das *fundadas dúvidas*, raramente estas são aferidas por um critério subjetivo, como entendemos nós ser o caso na LAV. Contudo, esta posição, ainda que minoritária entre os países da Lei Modelo, tem acérrimos defensores. Henry defende-a há muito afirmando: *"L'arbitre doit pouvor apprécier l'opportunité de révéler telle ou telle circonstance, sans que le défaut de révélation puisse emporter* per se *sa revocation"*([77]/[78]).

A maior parte dos países da Lei Modelo segue um critério objetivo, fazendo apelo ao ponto de vista de um ter-

---

([77]) *Op. cit.,* p. 239.

([78]) No seu brilhante livro *Bias Challenges in International Commercial Arbitration — The Need for a "Real Danger Test"*, Sam Luttrell descreve os *tests* para determinar a existência de *apparent bias*: (1) *reasonable aprehension*, (2) *real possibility*, e (3) *real danger.*

ceiro razoável para se poder determinar a existência das mesmas *fundadas dúvidas*. No limite, apenas um "perigo real" *(real danger)* de falta de independência e imparcialidade justificaria a recusa([79]).

45. Na Inglaterra o critério utilizado é o mesmo para os árbitros e para os juízes togados([80]). Mas, para muitos autores, a discussão sobre as causas de recusa do árbitro não pode, porém, ir tão longe que se veja assimilada ao regime de impedimentos e suspeições dos magistrados. Como referiu, há anos, Clay, as causas de *recusa* dos árbitros não podem ser assimiladas às dos juízes estatais porque isso equivaleria a esquecer a natureza contratual da missão do árbitro([81]).

2. Limites do Direito de Recusa

46. O direito de recusa do árbitro é de tal forma importante que a lei estabelece limites rígidos ao seu exercício. Assim, a parte apenas pode recusar um árbitro que haja designado ou em cuja designação haja participado com fundamento em causa de que só tenha conhecimento após essa designação (art. 13.º, n.º 3 da LAV). Bem se percebe que assim seja: se a parte designou o árbitro sabendo, por exemplo, que ele não era independente, entende-se, que ao fazê-lo, renunciou a suscitar tal objeção([82]). Outra solução legal que permitisse a recusa seria provavelmente

---

([79]) A decisão da *Cour de Cassation* no caso *Tecso* parece acolher esse mesmo entendimento (cf. nota 57).

([80]) LEW, J., *et al.*, Arbitration in England, Kluwer, pp. 319-338.

([81]) Como diria LALIVE, *"il faut se garder de recourir à de trompeuses analogies"* (cit. em CLAY, T., *op. cit.*, p. 370).

([82]) Coisa diferente será a parte ter *novo* e subsequente motivo para recusa do árbitro, nomeadamente a manifesta parcialidade do mesmo no decurso do processo. Nada disto tem a ver com a tática de guerrilha utilizada por certos mandatários: num caso extremo, que terá ocorrido no *German Institute of Arbitration,* uma das partes apresentou 14 consecutivas recusas tendo por objeto todos os membros do painel arbitral. A última baseou-se

contrária à boa-fé. Essa, aliás, será a razão para, em iguais circunstâncias, não se dever reconhecer à contraparte o direito de recusar árbitro cuja falta de independência fosse também de si conhecida aquando da designação.

47. Para impedir o uso de táticas dilatórias, o direito de recusa tem de ser exercido durante um limitado período de tempo. A nossa lei impõe que isso seja feito no prazo de 15 dias a contar da data em que a parte teve conhecimento das circunstâncias relevantes para o efeito ou da data da constituição do tribunal arbitral (art. 14.º, n.º 2). Este prazo parece ser suscetível de alargamento por vontade das partes desde que sejam respeitados os princípios do processo arbitral previstos no art. 30.º. Nesse sentido milita o texto da LAV, que no art. 14.º, n.º 1, não exceciona esta situação, como assim a prática e o direito internacional comparados([83]).

3. Processo de Recusa e Procedimento Judicial de Destituição

48. O processo de recusa pode ter natureza legal ou convencional. Isto resulta do disposto na LAV cujo art. 14.º, n.º 1, prevê:

> *"Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do presente artigo, as partes podem livremente acordar sobre o processo de recusa de árbitro"*

O referido n.º 3 estatui o direito da parte que vê a sua recusa rejeitada pelo painel arbitral de requerer ao tribunal estadual que dirima a mesma. Este direito é pois inderrogável e não abrangido pela autonomia das partes.

---

no lógico, mas nem por isso menos aventureiro, argumento de que, depois de 13 pedidos de recusa, os árbitros não podiam senão ser parciais contra a parte em causa — cit. por DAELE, K., *op. cit.*, p. 78.

([83]) Art. 38.º(1) do Regulamento CCI e art. 14.º(1) do Regulamento LCIA.

As partes podem, assim, acordar sobre os trâmites do *processo* de recusa desde que respeitem o direito de intervenção do tribunal judicial nos termos acima enunciados. Não podem, porém, as partes convencionar *causas de recusa* diferentes daquelas que a lei prevê no tocante à independência e imparcialidade do árbitro. Impor-se-á também que o convencionado respeite o princípio do contraditório e, de forma mais geral, o princípio da igualdade das partes, sem o que poderá ser posta em causa a independência do árbitro, a qual há-de ser entendida como um princípio de ordem pública internacional.

49. O que se diz para a liberdade contratual das partes abrangerá, naturalmente, os regulamentos dos centros de arbitragem, supondo, o que nos parece correto, que estes estão ligados às partes por um contrato de organização da arbitragem, como defende Clay([84]). Daí que os órgãos de tais centros não possam decidir com caráter definitivo sobre a recusa, designadamente estipulando nos seus regulamentos que a decisão daqueles só pode ser impugnada com o recurso da decisão final([85]).

50. Na falta de convenção das partes, o processo de recusa desenvolver-se-á em 4 fases: (1) apresentação do pedido de recusa, (2) decisão do árbitro, (3) decisão do tribunal arbitral; (4) a intervenção do tribunal estadual.
O pedido (requerimento) de recusa deve ser formulado por escrito (art. 14.º, n.º 2) e deverá ser dirigido ao tribunal arbitral (tratando-se de uma arbitragem institucionalizada o pedido é, naturalmente, apresentado à entidade designada no respetivo regulamento). O pedido há-de ser fundamentado, designadamente para permitir ao árbitro tomar posição sobre o facto ou factos alegados. Por outro lado, o pedido deverá consignar a data em que a parte

---

([84]) Clay, T., *op. cit*, pp. 795 e ss.

([85]) É o que faz (e, em nosso entender, mal) o art. 7.º do Código Deontológico do CAAD, não obstante a sua redação ter sido alterada já depois da aprovação da LAV.

teve conhecimento dos factos justificadores da recusa. Ainda que a lei não o preveja expressamente, o princípio do contraditório aconselha a que seja dada à contraparte a oportunidade de ser ouvida, igualmente por escrito, sobre o pedido de recusa.

O árbitro visado poderá também apresentar as suas razões por escrito ou verbalmente. Estas poderão limitar-se aos factos invocados contra ele ou alargar-se às razões de direito pertinentes.

51. À face da LAV só as partes têm legitimidade para apresentar pedido de recusa([86]). Confrontado com um pedido de recusa, o árbitro pode renunciar à função, o que em caso algum significará o reconhecimento da existência dos fundamentos invocados no respetivo pedido (art. 15.º, n.º 4 da LAV)([87]). E se a decisão do árbitro for no sentido de não renunciar? A letra do art. 14.º, n.º 2, parece indicar que o árbitro ficará dependente da posição que for assumida pela parte "que o designou"([88]): se esta "*insistir* em mantê-lo" caberá ao tribunal arbitral decidir; se a parte não *segurar* o árbitro, este será forçado a renunciar. O que se afigura medianamente claro é que, à face da nossa lei, as partes não podem de comum acordo destituir o árbitro no âmbito do processo de recusa. Na verdade, o art. 15.º, n.os 1 e 2 da LAV prevê os casos em que as partes podem fazer cessar por acordo as funções do árbitro, e ali não se inclui esta situação. Tudo indica, pois, que também nesse caso a decisão caberá ao tribunal arbitral([89]).

([86]) No caso do *London Court of Internacional Arbitration (LCIA)*, tanto as partes, como os co-árbitros, como ainda o *LCIA Court* podem tomar tal iniciativa.

([87]) De notar, porém, que o árbitro renunciante pode ter de responder, em sede de responsabilidade civil, nos termos da lei geral.

([88]) A expressão "parte que o designou" não segue a letra da Lei Modelo, que se refere a "the other party". O que coloca a interessante questão de saber o que acontece se se tratar do árbitro presidente.

([89]) É também a solução contida na Convenção ICSID — art. 56.º(1).

Tratando-se de árbitro único, parece que faria pouco sentido este apreciar o pedido de recusa. Na verdade, ao não renunciar à função, o árbitro único já tomou uma decisão sobre a recusa. Deste jeito, afigura-se que tal situação cairia na previsão do início do n.º 3 do art. 14.º da LAV *("Se a destituição (...) não puder ser obtida (...) nos termos do disposto no n.º 2 do presente artigo ...")*, devendo pois passar-se à fase da intervenção do tribunal judicial.

52. Ante a recusa do árbitro em renunciar à função, e desde que a parte defenda a sua manutenção, caberá ao tribunal arbitral, com participação do árbitro visado, decidir sobre a recusa (art. 14.º, n.º 3).
A decisão do tribunal arbitral deve ser fundamentada, tanto no tocante aos factos como ao direito aplicável, até porque, seja qual for o deliberado, tratar-se-á sempre de um desenvolvimento com um significativo impacto na condução dos trabalhos([90]).

53. Quando a destituição do árbitro não for conseguida através do tribunal arbitral ou do procedimento para tanto convencionado, diz o art. 14.º, n.º 3 da LAV que a parte que o recusou tem o direito de requerer ao tribunal judicial competente que tome uma decisão sobre a recusa. Trata-se verdadeiramente de uma reapreciação dos factos invocados pela parte perante o colégio arbitral ou perante a entidade que faça as vezes deste no caso de processo de recusa convencionado.
O procedimento judicial de destituição do árbitro([91]) com este fundamento pode ser suscitado em qualquer fase da arbitragem. Mas a parte terá de o fazer no prazo de 15 dias após ter-lhe sido comunicada a decisão que

---

([90]) Os autores da Lei Modelo expressaram preocupação sobre esta solução referindo-se a *"possible psychological difficulties of making the arbitral tribunal decide on a challenge of one of its members*" — KAVASS, I., *Model Law of Internacional Commercial Arbitration: A Documentary History* (1985), p. 32.

([91]) A LAV fala em destituição, mas seria provavelmente preferível ter utilizado a palavra "recusa" para distinguir este procedimento do previsto no art. 15.º, n.º 3.

rejeita a recusa. Não reagindo nesse prazo, terá de entender-se, nos termos do art. 46.º, n.º 4 da LAV, aplicado analogicamente, que renunciou ao direito de pedir a intervenção do tribunal([92]).

Se as partes tiverem convencionado procedimento próprio para recusa do árbitro — e tal acordo pode ser celebrado em qualquer fase do processo arbitral —, a destituição judicial só poderá ocorrer se e quando as partes tiverem esgotado aquele mecanismo. O mesmo se diga do processo de recusa previsto em regulamento de uma instituição de arbitragem([93]).

O processo que regula a destituição judicial do árbitro tem caráter urgente e vem previsto no art. 60.º da LAV. Assim, a parte requerente deve indicar os factos que justificam o pedido de destituição e deve ainda, em nosso entender, oferecer toda a prova relevante.

Nos termos do n.º 2 do art. 60.º, as partes e o tribunal arbitral([94]) são notificados para, em 10 dias dizerem o que lhes oferecer sobre o conteúdo do requerimento de destituição.

O tribunal pode colher ou solicitar informação conveniente para a prolação da decisão (art. 60.º, n.º 3)([95]).

Na esteira do propugnado pela Professora Paula Costa e Silva a propósito do procedimento judicial de nomeação de árbitro, afigura-se-nos que estaremos, também aqui, perante um processo de jurisdição voluntária, inominado

---

([92]) Coisa distinta é saber se este prazo é ou não peremptório e se, consequentemente, pode ser derrogado por vontade das partes. Na ausência da disposição legal que expressamente o proíba e dada a natureza contratual da arbitragem, afigura-se-nos que sim.

([93]) Ponto é que tal regulamento se conforme, também neste particular, com o disposto na LAV, o que nem sempre acontece.

([94]) Consoante se prevê noutras leis arbitrais nacionais (v.g., art. 24.º(5) da Lei de Arbitragem inglesa), parece de cautela mínima notificar não só o tribunal arbitral como especialmente o árbitro recusado, que obviamente tem um interesse direto que merece tutela jurídica.

([95]) Não se percebe muito bem como se poderá no processo de destituição de árbitro fazer um julgamento segundo as regras da apelação (art. 57.º, n.º 4, *ex vi* art. 59.º, n.º 7 da LAV).

e atípico, que conjuga aspetos próprios do processo de suprimento e do processo de nomeação judicial de titulares de órgãos sociais([96]/[97]). Serão assim aplicáveis as disposições dos arts. 986.º e seguintes do Código de Processo Civil. Nessa medida, afigura-se-nos que o tribunal judicial poderá ouvir testemunhas e permitir breves alegações orais por parte dos mandatários das partes (arts. 292.º e sgs. *"ex vi"* art. 986.º, n.º 1, CPC).

54. Nos termos do art. 14.º, n.º 3 da LAV, na pendência do pedido de destituição, o tribunal arbitral, incluindo o árbitro recusado, *pode* prosseguir o processo arbitral e pode mesmo proferir sentença. É a solução da Lei Modelo e que visa obviamente desencorajar a utilização do mecanismo de recusa com fins meramente dilatórios. Mas nem todos os países que adotaram a Lei Modelo seguem tal solução([98]). O prosseguimento do processo terá sempre um custo óbvio: uma das partes perdeu a confiança na imparcialidade do tribunal arbitral. Em todo o caso, é de notar que o tribunal arbitral não está obrigado a prosseguir o processo, antes lhe competindo decidir se o faz ou não, dependendo das circunstâncias que rodearam a formulação da recusa e os seus efeitos na dinâmica de funcionamento do tribunal.

55. Recusado o árbitro, cabe às partes nomearem um árbitro substituto, seguindo-se as regras aplicadas à designação do árbitro substituído, salvo se outro for o acordo das partes (art. 16.º, n.º 1 da LAV)([99]).

([96]) Costa e Silva, P. e Trigo dos Reis, N., *A Natureza do Procedimento Judicial de Nomeação de Árbitro*, Estudos em Homenagem ao Professor José Lebre de Freitas, Coimbra Editora, 2013, pp. 1003-4.

([97]) Ainda que por um caminho algo diferente, ao mesmo resultado havia já chegado o Prof. Lebre de Freitas no seu estudo *O Princípio do Contraditório na Nomeação de Árbitro pelo Presidente do Tribunal da Relação*, Themis, 18, 2010, pp. 35-7.

([98]) Binder, P., *op. cit.,* p. 94.

([99]) Na conceção antiga da arbitragem, quando a ligação do árbitro à parte era mais estreita, a recusa do árbitro desencadeava quase inevitavelmente a caducidade da

Mas a recusa do árbitro pode ter efeitos drásticos sobre o andamento da arbitragem porquanto, tratando-se de um painel arbitral, as partes poderão decidir prescindir de um árbitro substituto (art. 16.º, n.º 1). Esta possibilidade foi aberta tendo em atenção as suas vantagens quando, por exemplo, a instância arbitral estiver já muito adiantada, *maxime* na fase de deliberação da decisão arbitral. Todavia, é uma disposição da LAV que não encontra eco na Lei Modelo e que nos parece revestir-se de algum risco, até no plano constitucional. Desde logo porque ofende o princípio da igualdade das partes no tocante à sua representação no painel arbitral. Para além disso, não vemos como se pode compatibilizar com o requisito do número ímpar de árbitros num tribunal arbitral coletivo (art. 8.º, n.º 1).

56. Cabe ao tribunal arbitral *reconstituído* decidir se *"algum ato processual"* deve ser repetido([100]). Segundo o art. 16.º, n.º 2 da LAV tal decisão deverá ter em conta "*o estado do processo*". Esta será assim a primeira razão fundamentadora da decisão sobre a extensão da repetição dos atos processuais. A lei valora ainda a *"nova composição do tribunal"*, o que parece indicar a utilidade marginal da repetição se porventura as partes decidirem não substituir o árbitro recusado.

---

cláusula compromissória (DAVID, R., *op. cit.*, p. 368). Essa é, aliás, a consequência *natural*, nos nossos dias, quando o árbitro é designado na convenção de arbitragem.

([100]) Esta é a solução do Regulamento da CCI. Mas a esmagadora maioria das leis arbitrais dos países da Lei Modelo impõe a repetição de todo o processado — BINDER, P., *op. cit.,* p. 106.

IV. Conclusão

57. Os árbitros não são magistrados. Boa parte das vezes são advogados, sujeitos às leis do mercado e portadores de compromissos e cumplicidades que não podem enjeitar de um dia para o outro. A independência do *juiz particular* dificilmente será a mesma do juiz estadual. A despeito do rigor com que, em geral, os tribunais portugueses têm julgado as situações de manifesta falta de independência do árbitro, as partes demonstraram, num passado recente, alguma censurável apetência por árbitros não independentes. Tal prática era favorecida por um regime jurídico que assimilava as causas de recusa do árbitro às da suspeição e impedimento do magistrado judicial. Era uma solução fundamentalista e, em última análise, impraticável. A LAV veio alterar esse estado de coisas mas deixa muitas perguntas sem adequada resposta. Cabe pois à doutrina e à jurisprudência, mas também aos instrumentos da chamada *soft law*, interpretar criativamente a lei e encontrar soluções justas e eficazes.

58. Sem exigências claras e uniformes relativamente ao dever de revelação os árbitros correm o risco de ser recusados ou, pior, de proferirem decisões facilmente atacáveis em sede de anulação ou oposição à execução da sentença arbitral.
    Na esteira de outras leis nacionais que seguem a Lei Modelo, a LAV não diz que forma deve assumir o dever de revelação. Razões atendíveis de cautela e segurança jurídicas aconselham que a revelação seja feita por escrito. Desejável parece, porém, que a prática se oriente para o uso generalizado de uma declaração de independência e imparcialidade semelhante à que diversos regulamentos de instituições arbitrais já hoje exigem.

59. Quanto à recusa de árbitro, ela só deve ocorrer quando existir justificação sólida e comprovada para tanto. Doutra forma a parte recusante corre o risco de pagar um ele-

vado preço em credibilidade e desvantagem tática. As causas de recusa são, e bem, interpretadas de forma restritiva pela esmagadora maioria de tribunais arbitrais e judiciais, especialmente se já tiverem sido despendidos tempo e dinheiro consideráveis. Mas a situação está a mudar. Em Portugal como noutros países que fazem uso intensivo da arbitragem há a perceção de que os casos de recusa de árbitro estão a aumentar. Face a uma LAV em que a regra é a da irrecorribilidade da sentença, a imputação de falta de independência e/ou de imparcialidade tenderá a ser cada vez mais frequente.

60. Sendo estes riscos reais ou fruto de infundada perceção, a verdade é que a obrigação de revelação e o direito de recusa de árbitro são hoje elementos essenciais do princípio do processo equitativo no rito arbitral. Como julgamos ter demonstrado, a lei arbitral portuguesa consagrou, neste particular, soluções modernas mas nem sempre pensadas em todas as suas consequências.
A utilização pelas partes e seus representantes de táticas dilatórias e manipuladoras parece inevitável. Caberá aos árbitros e aos tribunais judiciais a ingrata tarefa de aplicarem criteriosamente o *odioso instituto* da recusa de árbitro, fazendo respeitar, a um tempo, os princípios gerais do direito nacional e as mais avançadas soluções que o direito comparado nos vai proporcionando.

A PERDA DE *CHANCE* REVISITADA
(a propósito da responsabilidade do mandatário forense)

Pelo Dr. Rui Cardona Ferreira(*)

Sumário:

§ 1.º Enquadramento. **§ 2.º** O equívoco da perda de *chance* como dano patrimonial autónomo, distinto do dano final. **§ 3.º** Densidade da *chance* e causalidade. **§ 4.º** Conclusão.

§ 1.º Enquadramento

I. O tema da perda de *chance*, em especial no domínio da responsabilidade civil do mandatário forense, tem sido abundantemente versado na recente jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça ("STJ").

Assim, no acórdão de 29.04.2010 (proc. n.º 2622/07.0TBPNF. P1.S1), o STJ concluiu que *"(...) a mera perda de* chance *irreleva para efeitos indemnizatórios por, só por si, não se enquadrar no princípio da causalidade adequada, e a indemnização não ter, como regra, função punitiva"*. No acórdão de 28.09.2010 (proc. n.º 171/02), todavia, foi reconhecido ao cliente lesado o direito a

---

(*) Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Mestre em Direito. Advogado.

indemnização em resultado da não apresentação tempestiva de uma contestação. Menos de um mês depois, através do acórdão proferido em 26.10.2010 (proc. n.º 1410/04), o STJ veio reafirmar, em linha com a doutrina dominante e a jurisprudência anterior, o carácter excecional da indemnização pela perda de *chance* e recusou a indemnização que, com esse fundamento, era pretendida noutro caso de responsabilidade civil profissional no exercício do mandato forense.

Através do aresto tirado em 10.03.2011 (proc. n.º 9195/03. 0TVLSB.L1.S1), o mesmo STJ concluiu que *"a* chance*, quando credível, é portadora de um valor de* per si*, sendo a respetiva perda passível de indemnização, nomeadamente quanto à frustração das expectativas que* fundadamente nela se filiaram". Já no acórdão de 29.05.2012 (proc. n.º 8972/06.5TBBRG.G1.S1), o STJ tomou posição no sentido de que *"a doutrina da perda de chance não tem, em geral, apoio na nossa lei civil que exige a certeza dos danos indemnizáveis e a existência de nexo de causalidade entre eles e a conduta do lesante"*, recusando a indemnização peticionada com esse fundamento. E também no acórdão de 18.10.2012 (proc. n.º 5817/09. 8TVLSB.L1.S1) se concluiu que *"a doutrina da perda de chance não tem apoio expresso na nossa lei civil, não tendo, em geral, virtualidade para fundamentar uma pretensão indemnizatória"*.

No acórdão proferido em 05.02.2013 (proc. n.º 488/09. 4TBESP.P1.S1), o STJ entendeu, porém, que *"(...) o dano que se indemniza não é o dano final, mas o dano «avançado», constituído pela perda de chance, que é, ainda, um dano certo, embora distinto daquele, pois que a chance foi, irremediavelmente, afastada por causa do ato do lesante (...)"*. E, no aresto tirado em 14.03.2013 (proc. n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1), embora sem se comprometer decisivamente quanto ao respetivo enquadramento dogmático, o STJ acabou por erigir a perda de *chance* num dano patrimonial autonomamente indemnizável, afirmando que *"(...) é difícil sustentar a existência do nexo de causalidade adequada entre a omissão de apresentar prova e o dano final da perda da ação e da reconvenção; mas parece possível encontrar esse nexo quanto ao dano da perda de oportunidade de vencer, tendo em conta as regras sobre a oportunidade e a preclusão de requerer prova e sobre o ónus da prova (...)"*.

Finalmente, no acórdão de 30.05.2013 (proc. n.º 2531/05.7 TBBRG.G1.S1), e numa aparente inflexão, o STJ voltou a pronunciar-se no sentido de *"(...) não relevar a teoria em apreço, a da perda de* chance*, por esta, desde logo, não estar,* in casu*, suficientemente densificada, contrariando em absoluto, a ser agora seguida, as regras da causalidade adequada atrás enunciadas e a devida certeza dos danos. Caindo-se, se acolhida fosse, nas presentes circunstâncias, no puro arbítrio do Tribunal, desconhecendo-se de todo em todo se a aparentemente censurável conduta do réu, descurando, em abstrato os interesses do ora autor, foi condição adequada ou até bem provável do dano arrogado"*.

II. Como resulta desta breve resenha — que não pretende, aliás, ser exaustiva —, a jurisprudência do STJ denota uma considerável flutuação, embora seja já facilmente detetável uma corrente favorável à ressarcibilidade, em determinadas circunstâncias, da perda de *chance*, no domínio da responsabilidade civil profissional dos advogados.

Tal orientação não pode considerar-se inteiramente surpreendente, sendo um dado histórico que a teoria da perda de *chance* surgiu em França, precisamente, a respeito deste grupo de casos. Na verdade, a origem desta figura remonta ao acórdão tirado pela *Cour de cassation* em 17 de julho de 1889, no qual foi concedido provimento a um pedido de indemnização pela perda da possibilidade de prossecução de um processo judicial e, por conseguinte, de obtenção de ganho de causa([1]). Trata-se aqui, fundamentalmente, da ideia segundo a qual a falta cometida pelo advogado que resulte na perda da *hipótese* ou *possibilidade* de conservação ou satisfação dos direitos do respetivo cliente constitui um dano indemnizável([2]).

([1]) Cf. Geneviève Viney/Patrice Jourdain, *Traité de Droit Civil — Les Conditions de la Responsabilité*, 3.ª ed., Paris, 2006, p. 91, e Yves Chartier, *La Réparation du Préjudice dans la Responsabilité Civile*, Paris, 1983, p. 33.

([2]) No Direito francês, o mesmo racional foi, depois, paulatinamente alargado aos mais diversos domínios de aplicação, tendo a jurisprudência francesa admitido que a indemnização pela perda de *chance* tenha lugar em contextos tão diversos como os jogos de azar ou competições desportivas, a progressão na carreira profissional, a rutura de negociações, o desenvolvimento de atividade científica ou comercial ou o acesso a determina-

Contudo, mesmo em França, as condições em que a perda de *chance* pode ser indemnizada, neste grupo de casos, constitui motivo de controvérsia: embora a jurisprudência dominante exija a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na ação perdida (ou não proposta) — o que pressupõe uma profunda indagação quanto ao fundo da causa respetiva —, sob pena de não se considerar verificada a *certeza* do dano, uma outra corrente jurisprudencial tem concedido a indemnização ao lesado independentemente desse circunstancialismo, invocando que nenhuma ação judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendência processual constitui um fator de pressão sobre a contraparte([3]).

Também em Itália, onde foi recebida por via jurisprudencial, num processo iniciado no último quartel do século XX, através de dois arestos da secção laboral da *Corte di Cassazione* que versam sobre procedimentos destinados à admissão ou promoção de trabalhadores irregularmente levados a cabo ou interrompidos([4]), a teoria da perda de *chance* alargou, entretanto, a sua aplicação ao domínio da responsabilidade civil profissional dos advogados([5]).

---

das funções (cf. HENRI MAZEAUD/LÉON MAZEAUD/ANDRÉ TUNC, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, tomo I, 6.ª ed., Paris, 1965, pp. 272 ss, BORIS STARCK, *Droit Civil — Obligations*, Paris, 1972, pp. 51-53, FRANÇOIS CHABAS, *Responsabilité Civile et Responsabilité Pénale*, Paris, 1975, pp. 29 ss, YVES CHARTIER, *La Réparation…*, cit., pp. 32-49, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil — 4 — Les Obligations*, 18.ª ed., Paris, 1994, p. 334 e pp. 342 ss, PHILIPPE LE TOURNEAU/LOÏC CADIET, *Droit de la Responsabilité*, Paris, 1998, p. 214, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité de Droit Civil...*, cit., pp. 91-96, MURIEL FABRE-MAGNAN, *Droit des Obligations – Responsabilité Civile et Quasi-Contrats*, 2.ª ed., Paris, 2007, pp. 137 ss, ALEX WEILL/ /FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil – Les Obligations*, 10.ª ed., Paris, 2009, pp. 678 ss, e JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT/ÉRIC SAVAUX, *Les Obligations — 2 — Le Fait Juridique*, 13.ª ed., Paris, 2009, pp. 156-159).

([3]) Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., pp. 99-100.

([4]) Cf. Ac. de 19.11.1983, n.º 6906, publicado em *Giustizia Civile*, 1984, I, pp. 1841 ss, com anotação de CAPPAGLI ("Perdita di una *chance* e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione"), e Ac. de 19.12.1985, n.º 6506, publicado em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, ano LXXXIV (1986), n.os 5-8, pp. 213-219, com anotação de ZENO-ZENCOVICH ("Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura").

([5]) Trata-se, porém, de um desenvolvimento relativamente recente. A orientação tradicional da jurisprudência italiana ia no sentido de tomar como objeto de indemnização apenas o dano final, ou seja, a perda da vantagem potencialmente adveniente para o lesado,

No entanto, ainda em Itália, os moldes em que a perda de *chance* pode constituir, no domínio em causa([6]), fundamento de indemnização, são, igualmente, objeto de acesa controvérsia, sendo a figura aí tomada nas seguintes diferentes aceções:

a) enquanto dano distinto do dano final, mas dependente, na sua existência e montante, do grau de probabilidade de verificação deste último([7]);

b) enquanto dano distinto do dano final, mas independente do grau de probabilidade de verificação deste, pelo menos no que respeita à sua existência — uma independência, portanto, *relativa*, na medida em que o *quantum* indemnizatório deva ser ainda decalcado do dano final([8]);

---

exigindo a verificação do nexo causal entre esse dano e o ilícito praticado. Sirva de exemplo o acórdão tirado pela *Corte di Cassazione* em 28.04.1994 (n.º 4044), onde pode ler-se que *"(...) o cliente é obrigado a provar não só ter sofrido um dano, mas também que este foi causado pela insuficiente ou inadequada atividade do profissional (...)"* e que, em particular, *"(...) tratando-se da atividade de advogado, a afirmação da sua responsabilidade implica a indagação (...) sobre o seguro e claro fundamento da ação que deveria ter sido proposta e diligentemente acompanhada (...)"*.

([6]) Cf., *inter alia*, GENNARO GIANNINI/MARIO POGLIANI, *La Responsabilità da Illecito Civile — Assicuratore, Magistrato, Produttore, Professionista*, Milão, 1996, TOMMASO GUALANO, "Responsabilità dell'avvocato", in *Il Danno Risarcibile*, coord. GIUSEPPE VETTORI, Pádua, 2004, pp. 349-362, MARIA FEOLA, "Nesso di causalità e perdita di «chances» nella responsabilità civile del professionista forense", in *Rivista Critica del Diritto Privato*, Março 2004, pp. 151-182, RICCARDO CONTE, "Profili di responsabilità civile dell'avvocato", in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Jan./Fev. 2004, pp. 144-165, ELISABETA CORAPI, "La responsabilità dell'avvocato", in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata — Casi Scelti in Tema di Responsabilità Civile* (coord. GUIDO ALPA/ /GIOVANNA CAPILLI/PIETRO MARIA PUTTI), 2004, pp. 13-22, GIUSEPPE CHINÈ/ANDREA ZOPPINI, *Manuale di Diritto Civile*, Roma, 2009, pp. 2002-2005 e 2019 ss, e MARIO BARCELLONA, "Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile", in *Europa e Diritto Privato*, 2011, n.º 4, pp. 945-989.

([7]) Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* datado de 5.06.1996 (n.º 5.264), em que estava em causa o decurso de um prazo de caducidade para apresentação de reclamação em matéria tributária. Neste caso, a *Corte di Cassazione* não procedeu a uma avaliação quantitativa do grau de probabilidade, limitando-se a exigir *"(...) um juízo prognóstico de razoável probabilidade (...)"* quanto ao sucesso da reclamação a apresentar.

([8]) Cf. acórdão de 13.12.2001 (n.º 15.759), em que a *Corte di Cassazione* aceitou a conceção da *chance* como um bem atual e concreto, constituindo *"(...) não uma mera expectativa de facto, mas uma entidade patrimonial em si mesma, jurídica e economicamente suscetível de avaliação autónoma (...)"*, cuja perda *"(...) configura uma lesão à*

c) finalmente, como mera *função* atenuante das exigências normalmente colocadas relativamente à aferição do nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano (final e único)([9]).

III. Entre nós, a generalidade da doutrina tem adotado uma posição de princípio desfavorável ao ressarcimento da perda de *chance*, em termos algo contrastantes com algumas das decisões do STJ acima referidas.

Assim, PAULO MOTA PINTO pronuncia-se no sentido de que *"(...) não parece que exista já hoje entre nós base* jurídico-positiva *para apoiar a indemnização da perda de chances (...)"*([10]), afirmando que o problema fundamental não é o enquadramento da perda de *chance* nos pressupostos da responsabilidade: *"(...) a* decisão substancial *a tomar é sobre se o âmbito de proteção garantida pela norma violada ou pelo bem afetado* inclui igualmente a mera elevação do risco *de lesão — que é outra forma de perguntar se inclui a diminuição de chances de evitar o prejuízo — bastando essa mera elevação do risco (no interesse negativo, de perda de oportunidades alternativas) para que se imponha ao agente o dever de indemnizar (como garante de não verificação do risco na percentagem aumentada)"*([11]).

---

integridade do património (...)". Levando às últimas consequências o pressuposto da autonomia da *chance*, e aduzindo que a propositura de uma ação ou o exercício de uma faculdade processual comporta sempre uma vantagem potencial para quem a pratica, o mesmo tribunal supremo entendeu ainda que a perda da *chance "(...) de intentar ou prosseguir um litígio em sede judicial, do lado ativo como do passivo, determina um dano a respeito do qual não pode, em regra, pôr-se qualquer problema de* accertamento *da perspetiva do* an *(...), mas apenas, eventualmente, da perspetiva do* quantum *(...)"*. Este *quantum* seria determinado, aí sim, segundo o grau de probabilidade de êxito por parte do lesado e, no limite, segundo o critério da equidade acolhido no art. 1226.º do *Codice Civile*. Nesta última hipótese, encontramo-nos perante uma *plena* (ou quase *plena*) autonomia da perda de *chance*.

([9]) Cf. acórdão de 6.02.1998 (n.º 1.286), em que a *Corte di Cassazione* admite a indemnizabilidade da perda de *chance*, mas situa-a no plano da causalidade e não de um dano autónomo, entendendo que a figura traduz *"(...) a passagem da individualização do nexo de causalidade segundo o critério da certeza dos efeitos da conduta para o da probabilidade e idoneidade da conduta para produzi-los (...)"*.

([10]) In *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra, 2009, vol. II., p. 1106.

([11]) *Ibidem*. A posição deste Autor aproxima-se daquilo que poderíamos qualificar como uma *conceção estritamente normativa* da perda de *chance*, que parece filiar-se na orien-

Em termos menos perentórios, todavia, CARNEIRO DA FRADA distingue as situações de responsabilidade contratual das de responsabilidade delitual(12). Na primeira hipótese, *"(...) a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa "chance" a bem jurídico protegido pelo contrato)"*(13). Já na segunda hipótese, *"(...) esse caminho é mais difícil de trilhar: a primeira alternativa do art. 483.º, n.º 1 não dá espaço e, fora desse contexto, tudo depende da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da «chance»"*(14).

JÚLIO VIEIRA GOMES, por seu turno, começou por assinalar não ser *"(...) claro se o dano de perda de chance deve ser concebido como uma modalidade de dano emergente ou de lucro cessante"* e que *"(...) mesmo para quem o considera autónomo na sua existência, o prejuízo da perda de chance não é completamente autónomo na sua avaliação"*(15), concluindo que *"(...) a mera perda de uma chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória"*(16). Posteriormente, porém, o mesmo Autor veio aceitar que *"(...) quando a* chance *ou oportunidade se tenha «densificado» e fosse mais provável a sua realização do que a sua não verificação, se considere existir já um lucro cessante suficientemente «certo» para que a fixação do seu montante possa ser feita pelo tribunal recorrendo à equidade (...)"*(17).

Finalmente, em obra muito recente, assinala MENEZES CORDEIRO que *"(...) não é possível condenar alguém a pagar — o que*

---

tação de alguma doutrina alemã — cf. § 3.º, ponto IV *infra*, e a nossa dissertação *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de* Chance *(em especial, na contratação pública)*, Coimbra, 2011, pp. 271 ss.

(12) Cf. *Direito Civil — Responsabilidade Civil — O Método do Caso*, Coimbra, 2006, p. 104.

(13) *Ibidem*, p. 104.

(14) *Ibidem*, p. 104.

(15) Cf. "Sobre o dano da perda de *chance*", in *Direito e Justiça*, vol. XIX, 2005, tomo II (pp. 9-47), p. 25.

(16) *Ibidem*, p. 43.

(17) Cf. "Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de *chance*", in *Cadernos de Direito Privado — II Seminário dos Cadernos de Direito Privado ("Responsabilidade Civil")*, dezembro de 2012 (pp. 17-29), p. 29.

tem, sempre, um sentido expropriativo ou confiscatório — se não se estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano" e que *"(...) ao mandar indemnizar pela perda de* chance*, dispensando, com isso, a prova da causalidade, está-se a proceder a uma (re)distribuição do risco não prevista pela lei"*([18]).

IV. Em face desta diversidade de entendimentos e do aparente *voluntarismo* que perpassa alguma jurisprudência recente — impelida, compreensivelmente, pelo efeito salomónico da indemnização pela perda de *chance* —, justifica-se que revisitemos agora o tema([19]), na perspetiva do enquadramento dogmático, à luz do nosso sistema de responsabilidade civil, da perda de *chance* enquanto dano patrimonial autónomo.

Fazemo-lo, portanto, tendo em vista este grupo de casos (responsabilidade civil do mandatário forense), pelo que o percurso de análise aqui percorrido não poderá ser transposto, linearmente, para outros domínios e, em especial, para o plano da responsabilidade por ato médico, onde o principal dano a indemnizar reveste, tipicamente, natureza não patrimonial([20]).

§ 2.º O equívoco da perda de *chance* como dano patrimonial autónomo, distinto do dano final

I. No ordenamento jurídico português, a identificação de um dano constitui pressuposto incontornável de toda a responsabilidade civil. Com efeito, conforme resulta das normas *fundadoras* da nossa lei civil — cf. arts. 483.º, n.º 1, 798.º, 227.º, n.º 1, e 562.º do Código Civil ("CC") —, a obrigação de indemnizar pressupõe

---

([18]) Cf. *Tratado de Direito Civil, II — Parte Geral — Negócio Jurídico*, 4.ª ed., Coimbra, 2014, p. 288.

([19]) Cf. Rui Cardona Ferreira, *Indemnização...*, ob. cit., *maxime* pp. 227 ss e 329 ss, e "A perda de *chance* — análise comparativa e perspetivas de ordenação sistemática", in *O Direito*, 2012, tomo I (pp. 29-57).

([20]) A este último domínio voltaremos, se houver oportunidade, noutra sede.

sempre a existência de um *dano* ou *prejuízo*. Tal exigência é um corolário da subordinação da função preventiva ou sancionatória da responsabilidade civil à sua função ressarcitória, segundo o entendimento normalmente adotado.

A lei não comporta, porém, uma noção ou definição legal de dano, sendo que a virtualidade explicativa das noções sintéticas de dano também não é grande. O conceito de prejuízo tende, por isso, a ser apresentado *compreensivamente*, quer na lei, quer na doutrina, com recurso a diferentes classificações ou categorias.

No grupo de casos aqui considerados, releva, antes de mais, a distinção entre o *dano emergente* e o *lucro cessante*, acolhida no art. 564.º, n.º 1, do CC. No entanto, e apesar das diferenças que podem resultar do funcionamento do sistema quanto à determinação e indemnização dos lucros cessantes([21]), tal dicotomia tem, fundamentalmente, o sentido de afirmar a ressarcibilidade de todos os danos juridicamente relevantes e de oferecer ao intérprete uma visão descritiva dos mesmos([22]).

Em segundo lugar, deve ter-se aqui em conta, também, a distinção entre os *danos presentes* e os *danos futuros*. Também esta dicotomia se encontra subjacente à regulação legal, determinando o art. 564.º, n.º 2, do CC, que o tribunal pode atender aos *danos futuros, desde que sejam previsíveis*, devendo remeter-se a fixação da respetiva indemnização para decisão ulterior, quando o seu montante não seja desde logo determinável.

Em terceiro lugar, importa ainda ter presente a distinção entre *danos patrimoniais* e *danos não patrimoniais*, consistindo os primeiros nos *"(...) prejuízos que,* sendo suscetíveis de avaliação pecuniária, *podem ser* reparados *ou* indemnizados *(...)"*, seja por via de indemnização específica, seja por via de indemnização por equivalente, e traduzindo os segundos os prejuízos insuscetíveis de avalia-

---

([21]) Referimo-nos, em especial, a uma menor exigência na aferição do nexo de causalidade, tendo em conta a incontornável aleatoriedade da vida e a circunstância de os lucros cessantes se apresentarem frequentemente como danos futuros, e à utilidade de que, pelas mesmas razões, se reveste o recurso à equidade na determinação do *quantum* indemnizatório, neste tipo de danos (cf. art. 566.º, n.º 3, do CC).

([22]) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, *II — Direito das Obrigações*, tomo III, Coimbra, 2010, p. 527.

ção pecuniária, *"(...) porque atingem bens (como a saúde, o bem estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra ou o bom nome) que não integram o património do lesado (...)"*([23]). A admissibilidade do ressarcimento dos danos não patrimoniais encontra-se estabelecida, entre nós, com carácter geral, no art. 496.º, n.º 1, do CC, ao determinar que *"(...) na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito"*([24]). O montante dessa indemnização é fixada, por sua vez, com recurso à equidade, nos termos dos arts. 496.º, n.º 3, e 494.º, do CC, tendo em atenção o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso([25]).

II. Apreciadas as principais categorias em que a noção de dano é normalmente desdobrada, torna-se evidente a dificuldade em proceder à qualificação jurídica da perda de *chance* e, em particular, à respetiva caracterização como dano emergente ou lucro cessante.

Na prática, esta distinção apresenta, aliás, dificuldades assinaláveis, as quais são adensadas pela circunstância de o art.564.º, n.º 1, do CC não oferecer uma orientação clara a este respeito.

([23]) Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 600-601.

([24]) Dada a sua inserção sistemática, porém, é controversa a aplicação do preceito em causa à responsabilidade obrigacional — em sentido favorável, *vide* INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, 1997, pp. 385-386, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, 2009, p. 603, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2013, p. 304; em sentido contrário, *vide* ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit., p. 605.

([25]) A indemnização por danos não patrimoniais é normalmente entendida como expressão da função também punitiva ou sancionatória da responsabilidade civil — *vide*, neste sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit., p. 608, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., p. 305, que refere estar em causa uma *"(...) pena privada, estabelecida no interesse da vítima, por forma a desagravá-la do comportamento do lesante"*. Como salienta, por sua vez, MENEZES CORDEIRO, qualquer indemnização, e não apenas a que tenha por objeto danos não patrimoniais, comporta uma dimensão punitiva, sendo que *"a indemnização por dano moral é ditada, em primeira linha, pela extensão deste; só acessoriamente pode ser chamada a intervir a culpa ou perigosidade do agente, como deveria suceder se de pena se tratasse"* (cf. *Tratado de Direito Civil Português*..., ob. cit., p. 515).

Ponto assente deve ser, em qualquer caso, a rejeição de um critério puramente económico, dado que, como assinala PAULO MOTA PINTO, conduziria a *"(...) um alargamento da noção de dano emergente de forma a incluir todas as utilidades futuras e simples expectativas de aquisição, para além de não parecer suficientemente seguro (...)"*([26]).

Assim, a qualificação de um dano como emergente, segundo o entendimento habitualmente adotado entre nós, depende de saber se são atingidos *bens* ou *direitos "(...) já existentes na titularidade do lesado à data da lesão"*([27]). Trata-se, portanto, de apurar em que medida a *chance* integra *qua tale* o património jurídico do lesado.

Ora, um dos requisitos normalmente exigidos para a determinação das relações ou situações jurídicas que integram o património de um certo sujeito é a sua suscetibilidade de avaliação pecuniária. Tal suscetibilidade resulta, segundo a orientação dominante, ou do *"(...)* valor de troca *do direito, por este ser alienável mediante uma contraprestação (...)"*, ou do respetivo *"(...)* valor de uso*, traduzido em o direito, não sendo embora permutável, proporcionar o gozo de um bem, material ou ideal, que só se obtém mediante uma despesa"*([28]).

Sucede, porém, que tais critérios não se conciliam facilmente com a qualificação da perda de *chance* como dano patrimonial autónomo, nomeadamente em situações como aquela aqui em apreço. Estando, obviamente, excluída a hipótese de atribuir um *valor de uso* à perda de *chance* de ganho numa ação judicial, também não parece que deva reconhecer-se-lhe um *valor de troca*, sus-

---

([26]) Cf. *Interesse Contratual*..., ob. cit., p. 1089.

([27]) Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit., p. 599. Também assim, mais recentemente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual*..., ob. cit., pp. 1089-1090.

([28]) Cf. CARLOS DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*..., 4.ª ed. (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), Coimbra, 2005, p. 345. A admissibilidade do valor de uso como critério para a integração de uma dada situação jurídica no património constitui uma evolução face ao entendimento expresso pelos autores mais antigos, segundo o qual *"(...) só entram no conceito de património aqueles direitos que, sendo de natureza patrimonial, isto é, avaliáveis em dinheiro, sejam também transmissíveis"* — cf. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, 1995 (reimp.), p. 79.

cetível de ser determinado segundo as regras a que obedece o normal funcionamento de um mercado.

III. Acrescem ainda duas considerações que concorrem no sentido de uma posição negativa quanto à configuração da perda de *chance* como dano emergente, patrimonial e autónomo, considerações estas que decorrem de uma visão operativa do sistema da responsabilidade civil.

Por um lado, deve assinalar-se que o círculo do dano patrimonial indemnizável é traçado pela comparação ou confronto entre a situação existente e a situação atual hipotética (cf. arts. 562.º e 566.º, n.º 2, do CC), sendo que, pela sua própria idiossincrasia, a expectativa ou a *chance* não se encontrarão refletidas na situação atual hipotética: como estádio de um processo em desenvolvimento, estas estão *condenadas* a consolidar-se e a transmutar-se no direito – ou, mais amplamente, na situação jurídica definitiva — ou, em alternativa, a desfazerem-se ou perderem-se irremediavelmente([29]).

Por outro lado, através da análise das espécies jurisprudenciais que apreciam casos de perda de *chance*, não se vislumbra, normalmente, qualquer indício quanto à fixação de um valor patrimonial autónomo de perda de *chance*, sendo este, via de regra, decalcado dos lucros cessantes (ou do prejuízo que poderia ter sido evitado)([30]). Pode, pois, afirmar-se que este dado corrobora, empiricamente, a convicção de que não está em causa um valor patri-

---

([29]) Não ignoramos, com isto, as limitações de que padece, hoje reconhecidamente, a *teoria da diferença* (cf., em especial, PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual*..., cit., pp. 553 ss., *maxime* pp. 803 ss; afirmando, igualmente, a prevalência de uma noção *concreta* de dano, *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*…, ob. cit., pp. 527-529). No entanto, a circunstância de o mecanismo previsto no art. 566.º, n.º 2, do CC, não *detetar* qualquer dano indemnizável parece-nos constituir a mera corroboração, *dinâmica* ou *diacrónica*, da irrelevância patrimonial da *chance* enquanto bem autónomo.

([30]) Ilustra bem este dado a própria explanação constante do acórdão do STJ de 05.02.2013, acima referido: *"(...) a reparação da perda de uma* chance *deve ser medida, em relação à* chance *perdida, e não pode ser igual à vantagem que se procurava. Consequentemente, a indemnização não pode ser nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final, devendo, assim, corresponder ao valor da* chance *perdida. Para tanto, importa proceder a*

monial próprio, mas simplesmente uma *fração* ou *antecipação* de lucros cessantes relativamente incertos.

IV. Em face do que antecede, reiteramos, pois, a convicção, já anteriormente expressa noutro local([31]), de que não existem razões, em face do nosso ordenamento jurídico, para sustentar uma posição favorável quanto à admissibilidade da configuração da perda de *chance* como dano patrimonial, emergente e autónomo.

Com isto, posicionamo-nos ao lado de HELMUT KOZIOL, que refuta a viabilidade de qualificação da perda de *chance*, em geral, como um dano patrimonial autónomo, no quadro do sistema alemão da responsabilidade civil([32]). Segundo refere este Autor, a ideia de autonomia patrimonial da *chance* é contrariada, em princípio, pela consagração, no Direito alemão, de um conceito subjetivo de dano — a apurar com recurso ao *método da diferença ("Differenzmethode")* —, a que se soma a impossibilidade, em muitos casos, de atribuir àquela um *"valor próprio, autónomo e avaliável"*([33]).

Também com KOZIOL, o que nos parece estar em causa é, afinal, um problema de incerteza quanto ao desenlace da sequência

---

uma tarefa de dupla avaliação, isto é, em primeiro lugar, realizar a avaliação do dano final, para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, em regra, traduzido num valor percentual. Uma vez obtidos tais valores, aplica-se o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado de tal operação o valor da indemnização a atribuir pela perda da chance*".*

([31]) Cf. *Indemnização…*, ob. cit., pp. 264 ss.

([32]) Cf. "Schadenersatz für den Verlust einer Chance?", in *Festschrift für Hans Stoll zum 75.Geburtstag*, Tübingen, 2001 (pp. 233-250), pp. 239 ss.

([33]) *Loc. cit.*, pp. 240-242. Esta constatação traduz o confronto entre a *unidade funcional* da perda de *chance*, por um lado, e a diversidade das situações em que ela opera, por outro. KOZIOL dá a este respeito, aliás, um exemplo muito ilustrativo: *"Um agricultor encomenda uma substância para a proteção das suas plantas que, se tivesse sido aplicada na altura certa, possivelmente teria permitido salvar os seus campos infestados por parasitas. O fornecedor atrasa-se, pelo que o tratamento contra os parasitas inicia-se demasiado tarde; já não é possível verificar se as plantas poderiam ter sido salvas em caso de fornecimento atempado. Aqui não se trata da perda de uma* chance *que represente um valor patrimonial autónomo, mas sim de um efeito negativo sobre o património" — loc. cit.*, p. 241.

causal hipotética (que teria acontecido, se a *chance* não tivesse sido destruída)([34]), o que, obviamente, nos remete para o complexo (e inesgotável) tema da causalidade.

§ 3.º Densidade da *chance* e causalidade

I. Entre nós, a matéria da causalidade não tem constituído, ao longo do tempo, objeto de particular atenção ou reflexão.

Historicamente, caberá talvez salientar, em primeiro lugar, a doutrina de GOMES DA SILVA, que propôs uma fórmula nestes termos *"(...) um facto diz-se causa dum dano, para efeitos da responsabilidade civil, quando o produz pela forma que a lei tinha em vista ao considerar os factos da mesma espécie fontes de responsabilidade civil. Tudo está em interpretar a lei, determinando qual a razão de ser da responsabilidade, e em averiguar depois se o processo pelo qual um facto produziu certo dano corresponde ao fundamento da mesma responsabilidade"*([35]).

Todavia, apesar da notável argúcia daquele Professor de Lisboa, ao acentuar *precocemente* — em particular, antes do surgimento e da divulgação, entre nós, da teoria germânica do escopo de proteção da norma — a necessidade de um critério normativo de causalidade([36]), o seu pensamento não é inequívoco, nem facilmente concretizável. Não deve surpreender, por isso, que, aquando da elaboração do atual CC, o legislador se tenha socorrido de outras fontes doutrinárias, entendendo a generalidade dos autores que o respetivo art. 563.º consagra a chamada teoria da *causalidade adequada*.

([34]) *Loc. cit.*, p. 243.

([35]) In *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. I, Lisboa, 1944, p. 149.

([36]) Mais claramente ainda, noutra passagem, explicava GOMES DA SILVA: *"(...) só consideramos existente o nexo de causalidade quando, num caso concreto, o dano foi produzido por todos os fatores de que, em abstrato, a lei deduz a responsabilidade, e produzido pelo processo que a lei tem em vista" — ibidem*, pp. 150-151.

Tal entendimento reclama, contudo, uma explicação adicional, dado que, na sua formulação literal, aquele preceito se limita a estatuir que *"a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão"*. Ao menos *prima facie*, portanto, dir-se-ia que o nosso CC teria consagrado antes a conhecida teoria da *conditio sine qua non*, ainda que balizada ou mitigada pela introdução do advérbio *provavelmente* (37).

Torna-se necessário, na verdade, recorrer ao elemento histórico da interpretação jurídica para alcançar a justificação do entendimento expresso pela doutrina. Deve reter-se, pois, que o antecedente legislativo é, neste particular, o art. 707.º do Código de Seabra, segundo o qual *"só podem ser tomados em conta de perdas e danos, as perdas e danos, que necessariamente resultam da falta de cumprimento do contrato"*(38). Como assinala, porém, ANTUNES VARELA, o artigo em causa, se interpretado literalmente, *"(...) limitaria a indemnização àqueles danos que constituíssem uma consequência* fatal, *necessária, inevitável, do não cumprimento da obrigação — critério que reduziria injustamente a reparação a cargo do inadimplente a um número reduzidíssimo de prejuízos"*(39).

Terá sido por oposição ao advérbio *necessariamente* que veio a ser adotada, sob a influência manifesta do pensamento de PEREIRA COELHO, a fórmula que ficou a constar do art. 563.º, embora tendo em vista a consagração da teoria da causalidade adequada. Com efeito, salientando a importância da finalidade de reconstituição da situação atual hipotética, este último Autor

---

(37) Assinalando este aspeto, *vide* PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1999 (reimp.), pp. 408-409, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit., pp. 898-898, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, ob. cit., p. 315.

(38) Este preceito segue, como é patente, a tradição napoleónica de tratar a causalidade a respeito da responsabilidade contratual, tendo o advérbio *necessariamente* o sentido de restringir o alcance excessivo da teoria da *conditio sine qua non*, da mesma forma que o art. 1151.º do *Code Civile* qualifica a relação de causalidade juridicamente relevante como *imediata e direta*.

(39) In *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., p. 899, nota 2.

afirmava, já em 1950, que é nela que reside a chave da questão do nexo de causalidade na responsabilidade civil, ficando o lesado *"(...) obrigado a reparar* aqueles prejuízos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse o facto*"*([40]). Ora, segundo acrescenta ainda PEREIRA COELHO, *"(...) isto conduz-nos em linha reta à doutrina chamada da causalidade adequada (...)"*([41]).

II. A teoria da causalidade adequada baseia-se na ideia de que apenas devem ser imputados à pessoa obrigada à indemnização os danos mais distantes, resultantes da ocorrência causadora da responsabilidade, quando os mesmos, no momento do acontecimento do incidente, não pareçam ser completamente improváveis do ponto de vista de um observador experiente. O objetivo desta teoria é excluir a imputação de danos que tenham ocorrido devido a um encadeado de circunstâncias *("Verkettung von Umständen")* completamente invulgar e, que, do ponto de vista de um observador hipotético, não seriam, de forma alguma, de esperar. Tais consequências extraordinárias não devem ser imputadas à pessoa obrigada à indemnização, mas têm de ser suportadas pelo lesado como danos *acidentais ("Zufallsschäden")*([42]).

Na formação do juízo exigido, relativamente à probabilidade da ocorrência de um tal dano, o perito ou o juiz têm de se colocar na situação existente aquando da ocorrência do incidente causador da responsabilidade e têm de levar em conta, não apenas as circunstâncias que eram do conhecimento da pessoa obrigada à indemnização, mas também todas aquelas que poderiam ser conhe-

---

([40]) In *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil* (suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*), Coimbra, 1950, p. 54. Cf. também p. 178, onde PEREIRA COELHO conclui: *"dizendo, porém, o legislador, pelo menos, que os prejuízos causados são aqueles "que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão", nós cremos que esta fórmula — deixando nas mãos do julgador a necessária margem de livre apreciação — seria todavia uma luz a aclarar o caminho do intérprete"*.

([41]) *Ibidem*.

([42]) Cf. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I — Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., Munique, 1987, p. 436.

cidas na altura por um observador experiente, ou com a existência das quais este deveria contar, segundo a experiência de vida comum([43]).

Como tal, na aplicação da teoria da causalidade adequada é, obviamente, decisiva a medida em que se atribui ao *observador imaginário* o conhecimento de circunstâncias que não poderiam ser do conhecimento da pessoa obrigada à indemnização. É que, quanto maior for a medida do conhecimento atribuído ao *observador imaginário*, mais se estende o âmbito das consequências tidas como *adequadas*([44]).

Em suma, para imputação do dano e à luz desta teoria, é suficiente, em princípio, que a respetiva concretização não se encontre fora de toda a probabilidade, mesmo que a sucessão dos acontecimentos que o provocaram seja inusual([45]). Pode, por isso, afirmar-se que, pelo menos do domínio da responsabilidade subjetiva, a teoria da causalidade adequada tende a assentar numa formulação *negativa*, tal como a própria teoria da *conditio sine qua non*.

III. Segundo uma orientação doutrinária mais recente, a teoria da causalidade adequada nem sempre serve satisfatoriamente o propósito de delimitar a responsabilidade em caso de

---

([43]) Por isso, referem BROX/WALKER que a teoria da adequação não constitui uma teoria da *causalidade*, mas da *imputação* de consequências danosas com base numa análise valorativa e na avaliação da probabilidade (cf. *Allgemeines Schuldrecht*, 32.ª ed., Munique, 2007, p. 328).

([44]) Aludindo a este aspeto, *vide* BROX/WALKER, *Allgemeines*..., ob. cit., p. 328.

([45]) Como assinalam LANGE/SCHIEMANN, a exclusão da responsabilidade por danos produzidos de forma anómala ou totalmente improvável não opera quando o autor da lesão tenha atuado dolosamente: *"Quem pretende ferir uma pessoa com uma arma e acertar, é responsável pelas consequências resultantes, mesmo que a probabilidade de ferir a outra pessoa seja aproximadamente nula, considerando o local do atirador. Isso não se justifica apenas com base no bom senso e convicção comum, mas resulta também da justificação que se encontra subjacente à teoria da causalidade adequada. Em geral, a pessoa obrigada à indemnização deveria ser desobrigada da responsabilidade por uma consequência cuja ocorrência seja extremamente improvável, porque não se trata de um acontecimento previsível e influenciável. Se a pessoa obrigada à indemnização pretende a concretização desse incidente improvável, este argumento é improcedente"* (in *Schadensersatz*, 3.ª ed., Tübingen, 2003, p. 96).

danos consecutivos ou subsequentes, na medida em que se baseia, pelo menos aparentemente, num critério quantitativo, *probabilístico* ou *estatístico*, alheio a considerações valorativas.

Entre os critérios de imputação, alternativos ou complementares à teoria da causalidade adequada, merece destaque a teoria, amplamente divulgada na doutrina e na jurisprudência, do escopo de proteção da norma *("Schutzzwecklehre")*. Esta teoria pretende diferenciar as consequências imputáveis das não imputáveis, não através de um critério de adequação, mas sim através de uma justificação alicerçada no escopo de proteção da norma suscetível de fundar a responsabilidade *("haftungsbegründende Norm")*, ou, em caso da indemnização por responsabilidade contratual, no escopo de proteção dos deveres contratuais violados.

A possibilidade de substituição global da teoria da adequação pela teoria do escopo de proteção da norma é questionável, sendo que a generalidade dos autores reserva a esta última uma função corretiva ou de delimitação das consequências cuja imputação resultaria da mera aplicação da primeira teoria. Neste sentido, refere LARENZ que *"os apoiantes dessa doutrina atribuem-lhe, muitas vezes, demasiada importância"*, embora reconheça que *"o escopo de proteção da norma suscetível de fundar a responsabilidade* ["haftungsbegründende Norm"] *ou a violação de um dever de proteção* ["Schutzpflicht"] *é de importância essencial para a justificação da responsabilidade pela lesão e para a imputação das consequências, especialmente no âmbito da responsabilidade pelo risco* ["Gefährdungshaftung"](46).

Todavia, no domínio da responsabilidade contratual, porque *"(...) o círculo dos interesses protegidos por um contrato é, hoje em dia, muito amplo (...)"*, sucede que, *"(...) quando uma parte contratante deve ser responsabilizada perante a outra devido a uma falta de diligência no cumprimento das suas obrigações, ou devido à violação de um dever de proteção* ["Schutzpflicht"], *frequentemente não se consegue deduzir, desse dever de cuidado ou de proteção* ["Sorgfalts — oder Schutzpflicht"], *a medida em*

(46) LARENZ, *Lehrbuch*…, ob. cit., p. 441.

que a obrigação de indemnização inclui também danos mais distantes"(47).

Já no domínio da responsabilidade delitual, esta teoria encontraria, segundo LARENZ, aplicação sobretudo na hipótese contemplada no § 823 II BGB, mas, mesmo aí, a delimitação dos danos subsequentes deveria fazer-se segundo a teoria da adequação, quando o âmbito de proteção instituído pela lei não seja suficientemente claro(48). E, no que se refere ao § 823 I BGB, importaria ter presente que a lei pretendeu atribuir aos bens e direitos subjetivos aí contemplados a mais ampla proteção possível, pelo que nem sequer *"(...) se discute que, em caso de ofensa contra a integridade física ou a saúde, também têm de ser indemnizados os danos patrimoniais provocados segundo um nexo causal adequado. O mesmo se aplica quando um dano patrimonial resulta num dano à integridade física, por exemplo, no caso em que alguém parte por imprudência os óculos de uma outra pessoa, que em seguida, e devido à capacidade de visão diminuída, sofre como peão um acidente de viação"*(49).

Em síntese, segundo LARENZ — cujo pensamento parece ser seguido pela maioria dos autores portugueses(50) —, a doutrina do

---

(47) *Ibidem*, p. 442. Como assinalam, todavia, LANGUE/SCHIEMANN, a teoria do escopo de proteção da norma pode ser de grande utilidade nalguns *subdomínios* da responsabilidade contratual, nomeadamente na responsabilidade civil profissional. Assim, por exemplo, *"(...) se um consultor fiscal for consultado para o preenchimento de uma certa declaração de impostos, um erro cometido por ele poderá repetir-se nas declarações seguintes preenchidas apenas pelo cliente. Contudo, não se pode supor que alguém queira assumir a responsabilidade por uma área de risco cuja extensão é imprevisível"* — in *Schadensersatz*, ob. cit., p. 108. Noutro exemplo, referido por BROX/WALKER, o assessor financeiro que violou deveres de informação ou aconselhamento e que, com isso, gerou prejuízos ao cliente não pode ser responsabilizado pelos danos à saúde deste último decorrentes do incómodo associado a tais prejuízos (*Allgemeines*..., ob. cit., p. 329).

(48) *Ibidem*, p. 443.

(49) *Ibidem*, p. 444.

(50) De acordo com a posição de ANTUNES VARELA, esta teoria apresenta utilidade apenas marginal ou ancilar, *"(...) na resolução das dúvidas suscitadas quanto à existência, em algumas espécies, quer da ilicitude, quer do nexo de causalidade"*, sendo inviável a substituição global da teoria da *causalidade adequada* por esta doutrina (cf. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit., p. 902). ALMEIDA COSTA repudia, igualmente, a determinação do âmbito dos danos indemnizáveis com recurso à teoria do *âmbito de proteção da norma*, embora distinguindo a responsabilidade *objetiva* da responsabilidade *subjetiva*: no pri-

escopo de proteção da norma é capaz de resolver, de forma satisfatória, o problema da delimitação dos danos imputáveis à pessoa obrigada à indemnização apenas nalguns casos e não em todos([51]).

IV. Nem a teoria da causalidade adequada, nem a teoria do escopo de proteção da norma, permitem, porém, enquadrar dogmaticamente o dano de perda de *chance*, pois o funcionamento de ambas as teorias radica na prévia verificação de uma *conditio sine qua non*, a qual, por definição, se encontra ausente das situações de responsabilidade civil em apreço.

É certo que alguma doutrina tem procurado fundar o direito a indemnização pela perda de *chance* no próprio âmbito de proteção normativa dos bens jurídicos lesados ou dos deveres violados. Neste sentido, refere NILS JANSEN que a perda de *chance "(...) efe-*

---

meiro caso, a teoria em apreço teria *particular relevo* na determinação do nexo entre a conduta e a *lesão*, ainda que os *danos* a indemnizar já devessem ser delimitados com o subsequente recurso (corretivo) à teoria da *causalidade adequada*; no segundo caso, não se justificaria, simplesmente, o recurso à teoria do *âmbito de proteção da norma*, funcionando *"(...) em pleno os pressupostos clássicos da responsabilidade civil"* (cf. *Direito das Obrigações*, cit., pp. 764-765 e nota 2). Mais recentemente, PAULO MOTA PINTO tomou posição no sentido de que *"(...) é justificada a rejeição de uma* total substituição *(ou alegada "superação") da doutrina da causalidade adequada pela consideração do "escopo da norma" de responsabilidade (...)"* — cf. *Interesse Contratual Negativo*..., ob. cit., p. 943. E também MENEZES CORDEIRO sustenta, hoje, que a causalidade, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, se desenvolve em quatro tempos, constituindo a delimitação operada pelos valores tutelados através da norma violada o último momento lógico do juízo de imputação (cf. *Tratado de Direito Civil Português*..., cit., pp. 549-550). Já LUÍS MENEZES LEITÃO entende ser esta a *"(...) melhor forma de determinação do nexo de causalidade"* (cf. *Direito das Obrigações*, vol. I, ob. cit., p. 315), embora considere, por outro lado, que o art. 563.º do CC exprime *"(...) a consagração da teoria da causalidade adequada" (ibidem)*.

([51]) Em sentido tendencialmente coincidente, LANGUE/SCHIEMANN assinalam que *"(...) a doutrina do escopo de proteção não é capaz de substituir completamente a teoria da causalidade adequada, a não ser que se pretenda amplificar muito a sua área de aplicação"*, nomeadamente através da incorporação de elementos estruturais, entre os quais *"(...) o princípio da compensação* ["Ausgleichsprinzip"]*, as considerações relativas a uma distribuição justa de risco e, além disso, o sentido e o efeito do Direito da responsabilidade* ["Haftungsrecht"]*"*, conduzindo a um âmbito de aplicação alargado mas que *"(...) contém o risco de justificações fictícias* ["Scheinbegründungen"] *e o risco de uma determinação irracional do escopo de proteção (...)"* — in *Schadensersatz*, ob. cit., p. 127. Também BROX/WALKER sustentam que *"(...) o âmbito da tutela da norma deve ser observado a par da causalidade adequada em qualquer pretensão de indemnização"* (*Allgemeines*..., ob. cit., p. 329).

tivamente transforma problemas de prova da causalidade numa questão de avaliação do dano"([52]), mas salienta que *"(...) o elemento essencial desta ideia é* normativo: *"(...) ela refere-se a direitos (normas) e não a aspetos causais (factos)"*([53]). Por outras palavras, trata-se aqui de *convolar* a própria *chance* num direito, tese que tem a vantagem, segundo o Autor, de *"(...) lidar com o nosso problema dentro dos parâmetros dos antigos conceitos da* conditio sine qua non *("but-for causation"), lesão ("harm") e prejuízos"*([54]), evitando uma mudança radical, designadamente do critério a adotar quanto à causalidade jurídica.

Esta tese opera, portanto, uma verdadeira refundação da perda de *chance*, cuja indemnizabilidade deixa de estribar-se num suposto valor patrimonial ou de troca: *"não há mercado para as oportunidades de renegociar contratos, não há mercado para as* chances *de obter um emprego, e a* chance *de vencer um concurso de beleza obviamente não pode ser vendida"*([55]). Todo o fundamento da perda

---

([52]) Cf. *"The idea of a lost chance", in Oxford Journal of Legal Studies, 1999, vol. 19 (pp. 271-296)*, p. 282. Do mesmo Autor, cf. *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tübingen, 2003, *maxime* pp. 129 ss, 495 ss e 524-528.

([53]) *Ibidem*, p. 283. Esta asserção encontra-se em linha com aquilo que, noutro local, o Autor refere sobre a necessidade de uma valoração aberta quanto ao conteúdo de atribuição e à plenitude da proteção normativa, assinalando a vocação expansiva dos bens jurídicos elencados no § 823 I BGB (cf. *Die Struktur des Haftungsrechts*, ob. cit., pp. 496--497 e p. 501).

([54]) *Ibidem*, p. 285.

([55]) *Ibidem*, p. 289. No último exemplo, JANSEN refere-se ao *leading case Chaplin v Hicks*, que historicamente marca o início do percurso da perda de *chance* no Direito inglês. Neste caso, o réu, responsável pela gestão de um teatro, havia promovido, através de um jornal, um concurso cujo prémio era a atribuição de *"theatrical engagements"* às doze vencedoras. Na primeira fase do concurso, deveriam ser escolhidas cinquenta concorrentes pelos leitores do jornal com base nas fotografias publicadas. Na segunda fase, o réu deveria entrevistar essas cinquenta concorrentes e proceder à seleção das doze vencedoras. Seis mil mulheres concorreram ao concurso e a autora foi escolhida pelos leitores como uma das cinquenta possíveis vencedoras, mas não foi informada da entrevista oportunamente e as doze vencedoras foram escolhidas sem que lhe tenha sido concedida a oportunidade de participar na fase final do concurso. Não obstante a impossibilidade de demonstrar que o prémio teria sido alcançado não fora a infração cometida (entendida, no caso, como incumprimento contratual), foi-lhe atribuída uma indemnização de £ 100, pela perda de *chance* de vitória nessa competição — cf. ANDREW BURROWS, *A Casebook on Contract*, 2.ª ed., Oxford e Portland, Oregon, 2009, pp. 346-350.

de *chance* passa a residir no próprio Direito: *"(...) a proteção das* chances *é importante para a proteção dos direitos finalisticamente colocados em perigo, pois em casos em que só resta uma* chance*, não há mais nada a perder senão a própria* chance*. Esta é a razão pela qual as pessoas encaram como muito importante que o Direito proteja estas* chances*. O Direito Privado não pode ficar aquém dessa proteção. Se a responsabilidade civil não protege vítimas contra a perda de* chances, *fica aquém das exigências constitucionais"*(56).

E, ainda na doutrina alemã, tendo fundamentalmente em vista os casos de responsabilidade civil profissional de prestadores de serviços (em especial, médicos e advogados), GERALD MÄSCH sustenta que a indemnização pela perda de *chance* retira o seu fundamento de um dever contratual, ainda que implícito, de preservação ou garantia da *chance*, cuja violação gera o dever de indemnizar por um dano autónomo, distinto do dano final(57). De acordo com o entendimento de MÄSCH, não se tornaria necessário operar qualquer alteração ou desvio ao critério de causalidade e às normais exigências de prova, que não se refeririam ao dano final, mas a um dano autónomo de perda de *chance*, cuja ressarcibilidade seria reclamada pela violação de deveres específicos entre sujeitos determinados(58). Desta perspetiva, tal ressarcibilidade encontra-se limitada às *conformações casuísticas* em que o devedor se ache obrigado a preservar e promover ativamente a realização da *chance*, não sendo de admitir no domínio da responsabilidade civil delitual, diversamente do que propõe JANSEN(59).

---

(56) *Ibidem*, p. 292. Quais sejam, precisamente, as *exigências constitucionais* em causa é coisa que já não resulta, com clareza, do pensamento NILS JANSEN. Criticando, aliás, este argumento, refere HELMUT KOZIOL: *"antes de se invocar o Direito constitucional para uma reformulação fundamental do Direito privado, no sector da responsabilidade civil, dever-se-ia considerar que existem boas razões para a proteção, no quadro da responsabilidade civil, de bens jurídicos fundamentais, mas não de* chances*, por um lado, e que provavelmente podem ser encontradas soluções ao nível do Direito privado que se encontrem em conformidade com o sistema* ["systemkonforme"]*, por outro lado* — cf. "Schadenersatz...", ob. cit., p. 246.

(57) Cf. *Chance und Schaden*, Tübingen, 2004, pp. 240-248.

(58) *Ob. cit.*, pp. 267-268.

(59) *Ob. cit.*, pp. 273-274. De assinalar que a posição de MÄSCH — semelhante à adotada, entre nós, por CARNEIRO DA FRADA (cf. *Direito Civil*..., ob. cit., pp. 104-105) — coin-

Quanto a nós, porém, as teses de JANSEN e MÄSCH têm o efeito de deslocar inteiramente o problema para o plano da ilicitude, na qual a própria exigência do dano acaba por diluir-se: dir-se-ia que a verificação do ilícito contém já em si o dano a indemnizar. De outra perspetiva, mas não menos verdadeira, pode dizer-se que esta tese acaba por prescindir do próprio dano, quando entendido como alteração (concretizada ou previsível) na esfera patrimonial do lesado. Julgamos, por isso, que este modo de ver apenas poderá encontrar aplicação nos domínios da responsabilidade civil por danos não patrimoniais e, em especial, no domínio da responsabilidade civil por ato médico.

V. Imprestável, para o efeito de enquadrar dogmaticamente a perda de *chance*, no quadro do nosso sistema jurídico, parece-nos ser também o recurso à ideia de *causalidade alternativa*, proposto por KOZIOL.

Com efeito, como já se referiu acima, KOZIOL veio refutar a viabilidade de qualificação da figura, em geral, como um dano patrimonial autónomo, no quadro do sistema alemão da responsabilidade civil, afirmando que a ideia de autonomia patrimonial da *chance* é contrariada, em princípio, pela consagração de um conceito subjetivo de dano — a apurar com recurso ao *método da diferença ("Differenzmethode")* — e pela impossibilidade, em muitos casos, de atribuir àquela um *"valor próprio, autónomo e avaliável"*([60]). Procurando reordenar a perda de *chance* de modo *con-*

---

cide, neste ponto, com o entendimento tradicional sobre a indemnizabilidade da perda de *chance* no Direito inglês, entretanto já aí superado: embora originariamente associada a casos de responsabilidade civil contratual (cf. nota 55 *supra*), não parece que a indemnização pela perda de *chance* se encontre hoje confinada a esse domínio, não residindo o seu fundamento na distinção entre *contract* e *tort*, ainda que a jurisprudência mantenha uma persistente reserva à sua extensão aos casos de *physical injury* — cf. M.A. JONES, "Causation in tort: general principles", in *Clerk & Lindsell on Torts*, 9.ª ed., Londres, 2006, p. 85, TONY WEIR, *An Introduction to Tort Law*, 2.ª ed., Oxford, 2006, p. 80, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 7.ª ed. (por W.V.H. ROGERS), Londres, 2006, p. 289, SIMON DEAKIN/ANGUS JOHNSTON/BASIL MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 7.ª ed., Oxford, 2012, pp. 238 ss, e MARK LUNNEY/KEN OLIPHANT, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford, 2013, pp. 216 ss.

([60]) Cf. nota 33 *supra*.

forme ao sistema, KOZIOL acaba por reconhecer que, nos casos tipicamente enquadrados com recurso à perda de *chance*, justifica-se a atribuição ao lesado de uma indemnização parcial, designadamente em vista da função *preventiva* da responsabilidade: *"(...) em casos de conduta claramente ilícita e culposa, não há razões para conceder uma isenção de responsabilidade ao lesante, devido à impossibilidade de esclarecer a sequência causal"*([61]).

No essencial, KOZIOL propõe o recurso às regras da *autoria alternativa ("alternative Täterschaft")* ou à ideia de *co-responsabilidade ("Mitverantwortung")* que lhe subjaz para assegurar ao lesado uma indemnização parcial, nos casos em que se verifique uma concorrência de causas a respeito do dano final (e único) a indemnizar: este seria suportado, pelo lesante, na medida em que tenha sido provocado pela sua conduta ilícita e, pelo próprio lesado, na parte *remanescente*, na medida em que decorra de uma causa concorrente inserida na respetiva esfera de risco([62]). Segundo explica o Autor, este modo de ver radica na conceção segundo a qual, existindo vários *possíveis* agentes que tenham atuado de forma ilícita e culposa, e não sendo viável identificar o autor do dano, devem responder todos solidariamente, sem prejuízo de direito de regresso. Para tal, exige-se apenas a demonstração de que a conduta de cada um dos agentes, isoladamente da conduta dos demais, pudesse ser considerada causa do dano, tendo em conta o perigo concretamente criado e o grau de probabilidade de concretização do dano efetivamente ocorrido.

KOZIOL propugna, pois, um alargamento desta mesma orientação às situações em que estejam em causa não condutas alternativas ilícitas de diversos agentes, mas uma confluência entre uma conduta ilícita, por um lado, e fatores que integram já a esfera de risco do lesado, por outro. Segundo o Autor, justifica-se, também nesses casos, uma responsabilidade parcial *("Teilhaftung")*, dado que a própria responsabilidade solidária dos agentes que tenham actuado ilicitamente, em termos *alternativos*, se funda numa *"cau-*

([61]) *Loc. cit.*, p. 247.
([62]) *Loc. cit.*, p. 247.

salidade meramente potencial" e estes acabam por responder *parcialmente*, tendo em conta o respetivo direito de regresso([63]).

Apesar de constituir um interessante ensaio reconstrutivo da perda de *chance*, esta tese parece, todavia, encontrar-se estreitamente ligada ou dependente da existência de uma norma similar, no sistema concretamente considerado, à constante do § 830.º I do BGB. Na verdade, é esta norma, que não tem paralelo no Direito português, que permite expressamente *responsabilizar* o *co-autor* ou *participante*, ainda que não tenha sido possível comprovar o nexo causal entre a respectiva conduta e o dano ocorrido, estabelecendo-se, efectivamente, uma relação de causalidade meramente *potencial* ou *alternativa*. A teoria ensaiada por KOZIOL não é, portanto, transponível para o nosso ordenamento jurídico.

VI. Decorre do exposto, da nossa perspetiva, que a indemnização pela perda de *chance* só pode ser construída, em termos dogmaticamente satisfatórios e quando esteja em causa um dano patrimonial, através da admissibilidade de uma modelação do critério de causalidade com base na ideia de *criação* ou *elevação* ilícita de um risco de materialização do dano final (o único, quanto a nós, a indemnizar, ainda que apenas parcialmente).

Curiosamente, e apesar de trabalhada, sobretudo, pela doutrina penalista, a ideia de erigir o risco em critério de causalidade, ou imputação, aflora, com clareza, nos próprios elementos históricos que precederam a aprovação do CC. Com efeito, no art. 850.º do Anteprojecto do CC, na sua versão extensa, VAZ SERRA propôs um preceito com seis números, sob a epígrafe *"nexo causal"*, do qual vale a pena reproduzir aqui os n.os 1 a 3, conforme segue:

> *"1. Não existe o dever de indemnização quando o facto, segundo a sua natureza geral e as regras da vida corrente, era indiferente para que surgissem danos da espécie dos produzidos, de sorte que, apenas por circunstâncias extraordinárias, se tornou tal facto uma condição dos mesmos danos.*

([63]) *Loc. cit.*, pp. 248-249.

2. *Não é necessário que o facto, tido como causa jurídica do dano, dê só por si lugar a este, bastando que seja condição do mesmo dano e satisfaça o requisito do parágrafo antecedente.*
3. *O facto é indiferente para a produção do dano, quando, pela sua natureza geral, isto é, sem as qualidades desprovidas de importância jurídica e tida em conta a idoneidade das outras qualidades para a produção de um resultado como o que se verificou, segundo a experiência da vida, o perigo de que o dano se produza não é aumentado por esse facto, o qual também não altera os perigos actuais. Não se têm em consideração os aumento ou alterações tão pequenos que ninguém, em geral, conta com eles"*([64]).

Deve, aliás, assinalar-se que o recurso à teoria da *conexão do risco*([65]) e à teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa, conduzem, na generalidade dos casos, a resultados idênticos, embora aquela primeira teoria tenha a vantagem de se ter desprendido do lastro histórico — com fundamento normativo não evidente — da *conditio sine qua non*([66]). E, na verdade, a opção do legislador por um determinado modelo de causalidade — entre nós, pela teoria da causalidade adequada —, além de dever ser sempre situada historicamente de modo a não impedir o progresso jus-científico([67]), não pode, simplesmente, ter o efeito de *isentar* de responsabilidade certas áreas do ordenamento jurídico e da vida em sociedade.

([64]) In "Direito das Obrigações — Anteprojeto (parte extensa)", in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 100, pp. 342-343.

([65]) Sobre a origem e os contornos da teoria da *conexão do risco*, oriunda do Direito penal, pode ver-se, em termos relativamente sumários, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização…*, ob. cit., pp. 318 ss.

([66]) Cf. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização…*, ob. cit., pp. 292 ss.

([67]) Assinalando que, em matéria de causalidade, *"(...) não existem, no estado atual da Ciência do Direito, fórmulas universais válidas"* e que *"(...) estamos, por excelência, numa área de elaboração jurídico-científica"*, *vide* MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português…*, ob. cit., pp. 548-549.

As finalidades preventiva e punitiva prosseguidas, ainda que acessoriamente, pela responsabilidade civil não se compaginam com a preservação de *zonas francas* em que a situação jurídica violada raramente tenha correspondência numa indemnização. Há, aqui, uma exigência de congruência normativa que também não pode ser ignorada, dado que todo o Direito, para se *atualizar*, para se fazer *vida real, vida concreta*, reclama que a respetiva inobservância seja adequadamente sancionada.

VII. Não significa isto, porém, que propugnemos uma ressarcibilidade generalizada da perda de *chance* ou a simples substituição da teoria da causalidade adequada por uma outra noção geral de causalidade, o que redundaria, obviamente, na mera substituição de um modelo monolítico de responsabilidade civil por outro modelo, também monolítico, e com consequências potencialmente desastrosas quanto à segurança jurídica e à própria distribuição dos riscos inerentes à vida em sociedade. O que nos parece é que, a essa visão do sistema, tem de opor-se a ideia de *mobilidade dos pressupostos*, ou da respetiva *geometria variável*, a ajustar segundo grupos de casos, à luz das suas especificidades típicas, do respetivo enquadramento normativo e dos valores jurídicos coenvolvidos([68]).

E, desta perspetiva, importa reconhecer que a responsabilidade civil profissional do mandatário forense, com base na teoria da perda de *chance*, tem a seu favor não só um inegável lastro histórico e os dados do direito comparado([69]), mas também a circunstância de estar em causa a violação de deveres específicos — voluntária e contratualmente assumidos([70]) — tendentes ao exercí-

---

([68]) É este mesmo critério, aliás, que nos tem levado a sustentar, em determinadas condições, o direito a indemnização pela perda de *chance* no domínio da contratação pública (cf. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização…*, ob. cit., pp. 341-344).

([69]) Cf. § 1.º, ponto II, *supra*.

([70]) Da nossa perspetiva, a natureza contratual da responsabilidade não constitui alicerce para a construção de um dano patrimonial autónomo (cf. ponto IV deste § 3.º e nota 59 *supra*), mas pode favorecer a *mobilidade* dos pressupostos da responsabilidade no sentido da mitigação das exigências em matéria de causalidade, pelo menos quando o contrato, tal como sucede no mandato forense, se encontre funcionalizado à própria obtenção da vantagem que se frustrou (ou, de outra perspetiva, ao evitamento do dano final que acabou por se materializar).

cio do direito fundamental à tutela jurisdicional (cf. art. 20.º da Constituição). Daí que, a nosso ver, tal violação não deva passar permanentemente incólume em face da incerteza relativa ao desfecho da lide originária, incerteza essa colocada pela configuração *típica* deste grupo de casos, o que justifica, normativa e axiologicamente, o abaixamento da *fasquia* da causalidade — ou seja, a diminuição da exigência relativamente ao *quantum* de probabilidade de não ocorrência do dano não fora a prática do ilícito — para limiares inferiores aos que subjazem à teoria da causalidade adequada e, segundo o entendimento tradicional, ao art. 563.º do CC.

Esta adaptação ou modelação da causalidade deve, todavia, ser rodeada dos necessários cuidados: ela não pode prescindir da imposição ao lesado do ónus de provar, além do ilícito, a verificação do dano final (o único a indemnizar) e uma *considerável* probabilidade de obtenção de ganho de causa na ação originária que se frustrou, não fora a falta cometida pelo mandatário forense. O que seja, exatamente, essa *considerável* probabilidade é algo que, necessariamente, dependerá da prudência dos julgadores, parecendo-nos acertado, como orientação geral, o limiar dos 50%.

Na verdade, abaixo do referido limiar — cuja demonstração não se há de bastar com uma presunção abstrata de ganho de causa (ou de *possibilidade* de ganho de causa), mas pode envolver, em maior ou menor medida, uma apreciação *incidental* do mérito da pretensão originária ou a produção de prova que deveria ter sido feita na ação frustrada —, o cliente lesado acabaria por ser ressarcido, pelo seu mandatário forense e ainda que parcialmente, pela frustração de pretensões cujo êxito, relativamente à *verdadeira* contraparte, não se acharia minimamente assegurado([71]).

([71]) Como assinala MENEZES CORDEIRO, *"(...) não é compaginável, a pretexto da perda de* chance*, chegar-se a uma situação que suprima o risco, de tal modo que o lesado fique numa posição mais favorável do que sucederia se a norma jurídica tem sido observada"* (cf. *Tratado de Direito Civil*, ob. cit., p. 288). É de saudar, portanto, a posição adotada pelo STJ quando recusou, no recente aresto de 30.05.2013, acima mencionado, a indemnização fundada na teoria da perda de *chance*, na medida em que esta redundaria *"(...) se acolhida fosse, nas presentes circunstâncias, no puro arbítrio do Tribunal, desconhecendo-se de todo em todo se a aparentemente censurável conduta do réu, descurando, em abstrato os interesses do ora autor, foi condição adequada ou até bem provável do dano*

§ 4.º Conclusão

Em jeito de síntese, podemos subscrever a afirmação de JÚLIO VIEIRA GOMES segundo a qual *"(...) a doutrina da perda de chance não representa uma mera revisão do conceito de dano e uma ampliação deste, mas constitui antes uma rutura, mais ou menos «camuflada», com a conceção clássica da causalidade"*([72]).

Simplesmente, em nosso entender, tal rutura não se acha absolutamente vedada pelo art.563.º do CC, devendo deixar de ser *camuflada* e passar a ser *assumida*([73]), não em termos ilimitados ou de aplicação geral, mas em pressupostos e com limites bem definidos. Só assim se promoverá a segurança jurídica e se poderá contribuir para a compreensão (e a necessária *estabilização*) da florescente jurisprudência em tema de perda de *chance*.

---

arrogado. Não se sabendo, desde logo por falta de alegação do autor a propósito, e como já dito, se havia alguma hipótese de, com a alegação do réu, a tese do mesmo lograr vencimento (...)".

([72]) Cf. "Sobre o dano da perda de *chance*", ob. cit., p. 38.

([73]) Neste mesmo sentido, aliás, parece apontar a posição recentemente adotada por JÚLIO VIEIRA GOMES, ao referir que *"(...) a letra do nosso preceito* [o art. 563.º do CC] *seria ainda compatível com um sistema em que o lesado apenas teria que demonstrar que a não ocorrência do dano seria mais provável do que a sua ocorrência (bastando 51% de probabilidades) sem a conduta do agente (...)"* — cf. "Ainda sobre…", ob. cit., p. 28.

UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO DE AUTOR EUROPEU(*)

Pelo Mestre Nuno Sousa e Silva(**)

Sumário:

1. Introdução. **2.** Os sistemas nacionais (droit d'auteur vs. copyright). *a*. divergências filosóficas e fundamentos da tutela; *b*. requisitos de acesso à protecção; *c*. conteúdo; *d*. titularidade. **3.** Metodologia e fontes normativas do direito de autor europeu. *a*. Directivas; *b*. A jurisprudência (harmonização negativa); *c*. Unificação? **4.** O actual sistema de direitos de autor europeu. *a*. Requisitos — O conceito europeu de obra; *b*. Titularidade e gestão colectiva (menção); *c*. Conteúdo (direitos económicos); *d*. Limites e excepções (menção). **5.** Conclusão.

"Only one thing is impossible for God:
To find any sense in any copyright law on the planet."

Mark Twain, *Letters from the Earth: Uncensored Writings*

(*) Toda a jurisprudência europeia citada sem adicional menção pode ser encontrada em <http://curia.europa.eu/>. Todas as traduções são, salvo indicação em contrário, do autor. Gostaria de agradecer a Maria Inês Araújo, Maria Rita Mesquita, Pedro Cerqueira Gomes, Pedro Sousa e Silva e Luís Azevedo Maia, a leitura atenta de versões anteriores deste texto. Agradeço ainda à Prof. Doutora Sofia Pais por me ter levado a escrevê-lo.

(**) Advogado-estagiário. Mestre em Direito. LLM. IP (MIPLC). Docente convidado da Universidade Católica Portuguesa (Porto) e do ISCAP. E-mail: <nsousaesilva @gmail.com>.

1. Introdução

Os direitos de autor são frequentemente associados ao domínio da música, da literatura e das belas artes. Pensamos em livros, poemas, sinfonias, no último *hit* de verão, pintura ou escultura. Mas não custa entender que a arquitectura ou obras de arte aplicada *(design)* como cadeiras ou candeeiros também beneficiam da tutela jusautoral. Já a ideia de que também há (ou pode haver) direitos de autor sobre programas de computador([1]), perfumes([2]), entrevistas policiais([3]), bases de dados([4]) ou até sequências de ADN([5]) virá com alguma surpresa para um leigo.

Aliás boa parte dos leitores destas linhas terá dificuldade em acreditar que é titular de direitos de autor. Na verdade, quem tenha escrito um email mais elaborado, tirado fotografias ou feito um

---

([1]) O debate em torno da protecção de programas de computador foi e ainda é alvo de grande controvérsia. O acordo TRIPS de 1994 (parte do acordo que estabelece a Organização Mundial do Comércio, actualmente com 159 Membros) no seu art.º 10.º(1) estabeleceu, a nível mundial, que "Os programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objecto, serão protegidos enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna (1971)". Na União Europeia foi por aí que se começou a harmonização em matéria de direitos de autor com a Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, agora substituída pela Directiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril de 2009.

([2]) Este assunto tem sido debatido a nível jurisprudencial, pelo menos em França (com decisões contraditórias) e nos Países Baixos, onde a famosa decisão de 2006 *Kecofa v. Lancôme* concedeu protecção jusautoral a um perfume. Cf. Herman Cohen Jehoram, 'The Dutch Supreme Court recognizes copyright in the scent of a perfume. The Flying Dutchman: All sails, no anchor' [2006] EIPR 629-631. Sobre os problemas e desafios colocados pela protecção de perfumes por via dos direitos de autor *vide* Antoon Quaedvlieg,'Droit d'auteur et parfums: le nez, l'esprit et l'industrie' 230 (2011), RIDA, pp. 6-77.

([3]) Trata-se do famoso caso *Zonen Endstra v. Nieuw Amsterdam*, decidido pelo Supremo Tribunal Neerlandês (Hoge Raad) em 2008. Sobre este e outros aspectos do direito de autor holandês veja-se a excelente obra editada por B.Hugenholtz, A.Quaedvlieg e D.Visser, *A Century of Dutch Copyright Law* (deLex 2012), especialmente o 2.º capítulo (pp. 33 e ss., disponível <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/100jrAUTWET.pdf>).

([4]) Art. 3.º da Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.

([5]) Christopher M. Holman, Copyright for Engineered DNA: An idea whose time has come? West Virginia Law Review, vol. 113 [2011], pp. 701 ss. Veja-se uma boa síntese em <http://spicyip.com/2011/12/debate-on-copyright-for-dna-sequences.html>.

desenho na margem de um caderno durante uma aula mais aborrecida terá adquirido direitos de autor sobre essa sua obra, independentemente do respectivo mérito ou registo. Em princípio, todo o ser humano é autor. O Direito de Autor protege uma dada expressão. Ter acesso a direitos de autor faz parte da experiência comunicativa de cada um de nós. Nas palavras de PHILLIPE GAUDRAT([6]): "A criação é um fenómeno eminente, único. (…) é típica do Homem, tal como o riso. A pura reiteração do que já existe não gera mais do que conservação, imitação e uma tradição estéril, sem capacidade de evolução. Pelo contrário, a criação denota uma capacidade singular do espírito humano de superar o existente."

Ser titular de direitos de autor significa ser detentor de um conjunto de poderes. Um autor tem direitos de exclusivo, de proibir, que são absolutos *(erga omnes)*, ou seja, oponíveis a todos. Assim, o titular de direitos de autor terá o direito de proibir o resto do mundo de utilizar a sua obra numa determinada maneira. Terá o direito de proibir a cópia, a comunicação ao público ou a sua disponibilização. Terá igualmente a possibilidade de controlar determinados aspectos da exploração ou apresentação da sua obra por via do exercício dos seus direitos morais.

Estes direitos de exclusivo não são porém ilimitados. Conhecem (pelo menos uma categoria deles) uma importante limitação temporal. Actualmente, na UE, os direitos de autor duram 70 anos após a morte do autor. Decorrido esse período, a obra entra no domínio público, ficando livre para todos a utilizarem. De igual modo, estes direitos de proibir não permitirão impedir usos como a citação, a paródia ou a utilização da obra para fins didácticos. Estão sujeitos a excepções, que desempenham um papel importante no equilíbrio de interesses em jogo.

A intervenção do Direito Europeu nesta disciplina jurídica tem sido suficientemente intensa para se começar a desenhar um

---

([6]) 'Les démêlés intemporels d'un couple à succès: le créateur et l'investisseur' 190 (2001) RIDA p. 71 («La création est un phénomène éminent, unique. Démiurge mis à part, elle est le propre de l'homme, à l'égal du rire. La pure réitération de l'existant n'engendre pas que la conservation, l'imitation et la tradition stérile, sans capacité d'évolution. La création, à l'inverse, dénote une aptitude singulière de l'espirit humain à dépasser l'existant»).

autêntico sistema de Direito de Autor Europeu. Este texto procura fazer, em traços gerais, um retrato desse sistema.

A compreensão da estrutura básica dos direitos de autor exige que se abordem, desde logo, as seguintes questões:

— requisitos para obtenção de direitos de autor;

— titularidade dos direitos de autor;

— conteúdo dos direitos de autor;

— limites e excepções aos direitos de autor.

A fim de entender a intervenção do legislador europeu em matéria de direitos de autor importa, ainda e previamente, fazer um exercício de direito comparado. Mais especificamente, é necessário compreender as diferenças filosóficas e as repercussões práticas de dois modelos/sistemas fundamentais: o *copyright*, anglo-americano, seguido fundamentalmente, na UE, pela Irlanda, por Malta, pelo Chipre e pelo Reino-Unido e o chamado *droit d'auteur*, característico dos países da tradição continental([7]) (em que Portugal se insere), predominante na União Europeia e no mundo([8]).

2. Os sistemas nacionais (droit d'auteur vs. copyright)

A justificação e as finalidades dos direitos de autor são alvo de grande debate([9]). As atitudes em face da sua existência vão do

---

([7]) É de ressalvar que não se trata de uma verdadeira dicotomia (*common law* vs. direito continental). Os sistemas jurídicos dos países nórdicos (mais próximos da *civil law*), ou o caso do Chipre (mais próximo da *common law*) são exemplos matizados. Para uma panorâmica geral, cf. MATHIAS REIMANN & REINHARD ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (OUP, 2008).

([8]) Um terceiro sistema, hoje em dia quase ultrapassado, é o sistema socialista de direitos de autor (do qual a lei soviética de 1925 foi modelo). Este sistema, apesar de negar o carácter de propriedade do direito de autor, era baseado na tradição de *droit d'auteur* e consentâneo com a Convenção de Berna. Para mais detalhes, cf. MIRA SUNDARAN RAJA, *Copyright and Creative Freedom: A Study of Post-Socialist Law Reform* (Routledge 2006) pp. 72 e ss.

([9]) Cf., *inter alia*, ALBERTO MUSSO, 'Grounds of Protection: How Far Does the

abolicionismo([10]) à defesa de um elevado grau de protecção como meio essencial de progresso económico. Paradigmático desta última posição é o Considerando 4 da Directiva Infosoc([11]), onde pode ler-se: "Um enquadramento legal do direito de autor e dos direitos conexos, através de uma maior segurança jurídica e respeitando um elevado nível de protecção da propriedade intelectual, estimulará consideravelmente os investimentos na criatividade e na inovação, nomeadamente nas infra-estruturas de rede, o que, por sua vez, se traduzirá em crescimento e num reforço da competitividade da indústria europeia, tanto na área do fornecimento de conteúdos e da tecnologia da informação, como, de uma forma mais geral, num vasto leque de sectores industriais e culturais. Este aspecto permitirá salvaguardar o emprego e fomentará a criação de novos postos de trabalho".

Mesmo entre aqueles que não contestam a razão de ser do direito de autor — que de uma forma ou de outra vai existindo universalmente([12]) — há profundas diferenças filosóficas sobre o que estes são e devem ser. Estas diferenças reflectem-se em muitos aspectos da sua regulamentação, interpretação, estrutura e até terminologia([13]).

Incentive Paradigm Carry?' in Ansgar Ohly (ed), *Common Principles of European Intellectual Property* (Mohr Siebeck, 2012), pp. 33-98, e ANNABELLE LEVER (ed), *New Frontiers in the Philosophy of Intellectual Property* (CUP, 2012).

([10]) O movimento dos partidos piratas, que até agora atingiu o seu expoente na Suécia, onde é o quarto maior partido, é disso ilustrativo. Cf. JEREMY PHILLIPS, 'It's my party and I'll cry if I want to!' [2009] JIPLP 451 (defendendo a necessidade de levar a sério o debate com os partidos piratas). Veja-se ainda, a título de curiosidade, NUNO SOUSA E SILVA, 'What if IP is abolished? — Does the Charter of Fundamental rights of the EU make any difference?' [2014] O Direito (no prelo) (discutindo a relevância do direito de autor como direito humano num cenário de abolição da propriedade intelectual).

([11]) Directiva 2001/29 relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

([12]) Tirando as ilhas Marshall (<http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=27765&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>) parece que quase todos os países do mundo têm, pelo menos leis, de direitos de autor.

([13]) Fazendo esta análise em detalhe *vide* SILKE VON LEWINSKI, *International Copy-right Law and Policy* (OUP 2008), pp. 39 e ss., e a obra fundamental de ALAIN STROWEL *Droit d'auteur et copyright* (Bruylant, 1993).

a. Divergências filosóficas e fundamentos da tutela

O art. I, cláusula 8, secção 8 da constituição dos EUA confere poder ao Congresso para "Promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas". Percebe-se aqui um entendimento funcional dos direitos de autor (e da Propriedade Intelectual em geral). Estes são concedidos para (e na medida em que) promovam o progresso da ciência e das artes úteis e nisso jaz a sua justificação([14]). Este é, em geral([15]), o fundamento do chamado *copyright*([16]).

Em contrapartida o discurso francês — e continental de um modo geral — faz apelo à figura do autor, do criador, de tal forma que se fala do "mito romântico do autor"([17]). Assim, justifica-se a existência de direitos de autor numa lógica de direito natural. Ora acolhendo a tese personalista (KANT): a obra é uma extensão da personalidade do autor e merece tanta protecção quanto os outros aspectos dessa personalidade; ora acolhendo uma tese "trabalhista" (LOCKE): a obra resulta do trabalho do autor que a adquire com o seu suor e por isso merece protecção([18]).

No entanto, a protecção "eterna" dos direitos de autor que existiu pelo menos em Espanha no século XIX e em Portugal no

---

([14]) O seu real conteúdo normativo parece ser reduzido em face da decisão do Supremo Tribunal Norte-americano *Eldred v. Ashcroft* 537 U.S. 186 (2003) onde se invocou, sem sucesso, este carácter funcional para arguir a inconstitucionalidade da extensão do termo de protecção dos direitos de autor. Cf. RICHARD A POSNER, 'The Constitutionality of the Copyright Term Extension Act: Economics, Politics, Law, and Judicial Technique in Eldred v Ashcroft' [2003] The Supreme Court Review pp. 143-162.

([15]) Aquela que é considerada a primeira lei moderna de direitos de autor (Statute of Anne de 1710, no Reino-Unido) tinha como propósito "o encorajamento da escrita de livros por pessoas doutas".

([16]) Em língua inglesa *copyright* pode ter um sentido amplo (direitos de autor como algo genérico) ou um sentido estrito (*copyright* como o sistema de direitos de autor anglo-americano a que se opõe o *author's right* ou, na terminologia que aqui acolhemos, *droit d'auteur*).

([17]) Cf. a excelente obra de ANDREAS RAHMATIAN, *Copyright and Creativity: The Making of Property Rights in Creative Works* (EE 2011).

([18]) Sobre a diferente visão das justificações veja-se ALAIN STROWEL, 'Droit d'auteur and Copyright: Between History and Nature' in Brad Sherman & Alain Strowel, *Of Autors and Origins — essays on copyright law* (OUP 1994) pp. 235-253.

século XX (de 1927 a 1966!) decorria de um silogismo jurídico incorrecto: "se é propriedade tem que ser eterna"([19]) e não tanto de uma concepção fervorosa em torno "da mais sagrada das propriedades"([20]).

b. Requisitos de acesso à protecção

Para que uma determinada criação goze de direitos de autor exige-se que esta reúna determinados requisitos, de ordem formal e substancial:

***i*)** *Formalidades*

Em linha com estes diferentes entendimentos os requisitos de acesso a protecção são distintos. De um modo universal não se exige registo([21]). No entanto, os sistemas de *copyright* requerem a **fixação** (isto é, que a obra seja expressa de alguma forma física)([22]), o que implica que discursos, aulas, dança ou música improvisada, como *jazz*, poderão não ter acesso a protecção até serem gravados

---

([19]) OLIVEIRA ASCENSÃO, 'A questão do domínio público' in Marcos Wachowicz e Pereira dos Santos (eds), *Estudos de Direito de Autor e Interesse Público — Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público* (Fundação Boiteux, 2008), p. 14-5, disponível <http://www.direitoautoral.ufsc.br/arquivos/anais_na_integra.pdf>. Acrescente-se a título de curiosidade que, no Reino-Unido, alguns direitos de autor sobre a obra vulgarmente designada "Peter Pan", pertencem ao Great Ormond Street Hospital (um hospital infantil) e têm duração "eterna" apesar de a obra já ter caído no domínio público.

([20]) Esta frase de Le Chapelier (redactor da primeira lei francesa de direitos de autor) aparece em quase todas as obras de carácter generalista ou introdutório aos direitos de autor e esta não pretende ser excepção…

([21]) Por via do art. 2.º (2) da Convenção Berna a maior parte dos países de *copyright* teve que abandonar os requisitos de formalidades adicionais (como o registo). Porém nos Estados-Unidos ainda se exige registo para iniciar um processo em relação a obras norte-americanas mas já não para obras estrangeiras (17 USC § 411). O que configura uma situação de discriminação inversa. Acresce que, tradicionalmente o registo continua disponível com efeitos meramente probatórios (em Portugal vejam-se os arts. 213.º a 216.º do CDADC). É de ressaltar que os objectos de protecção mencionados no art. 214.º não constituem obras mas regimes *sui generis*. Por isso mesmo na Alemanha a protecção do título é tratada na *Markengesetz*. Para uma panorâmica geral sobre a protecção de títulos, cf. JAN KLINK, Titles in Europe' [2004] EIPR, pp. 290 e ss.).

([22]) Section 3(2) UK CDPA; 17 USC §102(*a*).

ou anotados por qualquer forma([23]). Em contraste, os sistemas de *droit d'auteur*, garantem a protecção da obra a partir da sua exteriorização independentemente do modo como ocorra([24]).

O símbolo ©, originalmente introduzido pela lei norte-americana de 1802 e mencionado no art. III da Convenção Universal do Direito de Autor([25]), funcionou como requisito para que uma obra gozasse de protecção. Em virtude da adesão à Convenção de Berna, a sua aposição (ou falta dela) já não tem consequências jurídicas([26]). Continua, no entanto, a ser vulgar.

***ii*)** *Categorias*

Um outro aspecto de diferença, que também expressa o contraste mais fundamental com a técnica da cláusula geral (endémica do direito civil), é a circunstância de, nalguns países de *copyright*, existir um número limitado, por categorias, de obras susceptíveis de gozar de protecção jusautoral([27]). Porém, nos EUA não é esse o caso, a 17 USC §102*a* contém uma lista meramente exemplificativa. Também é essa a tendência internacional instituída pelo art. 2.º da Convenção de Berna. A lei alemã protege "produtos da mente qualquer que seja o seu tipo, forma ou mérito"([28]). Em Portugal, de igual forma, dispensa-se protecção às "criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que

---

([23]) Sobre os problemas que resultam deste critério e da sua aplicação veja-se Ysolde Gendreau. 'Le critère de fixation en droit d'auteur' 159 (1994) RIDA, pp. 111 e ss. Cf. ainda Antoine Latreille, 'From idea to fixation: a view of protected works' in Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009) pp. 133 e ss.

([24]) V.g. art. 1.º(1) CDADC.

([25]) Sobre a Convenção (um instrumento hoje em dia próximo do irrelevante), cf. Árpád Bogsch, *The law of copyright under the universal convention* (3.rd edn, Sijthoff 1968).

([26]) <http://www.nytimes.com/1988/10/21/arts/senate-approves-joining-copyright-convention.html>.

([27]) Esta é chamada a "pigeon-hole approach" (Jeremy Phillips & Allison Firth, *Introduction to Intellectual Property Law* (4.th edn, Butterworths 2001) p. 138). É de referir que todos os sistemas classificam as obras e dão-lhe um tratamento diferenciado. Assim, v.g. em Portugal, as regras de titularidade em matéria de fotografias são diferentes da regra geral (art. 165.º CDADC) e as obras coreográficas estão sujeitas a um requisito adicional de fixação (art. 2.º, *d*) CDADC).

([28]) §2(2) UrhG.

sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo"([29]).

No entanto, no Reino-Unido exige-se que a obra se enquadre numa das oito categorias de obras admitidas([30]). Esta circunstância já levou a que criações como a disposição de objectos de uma forma artística, cuja fotografia iria ser capa de um álbum do grupo musical Oasis([31]) ou o capacete branco dos "stormtroopers" dos filmes da série Star Wars([32]), não obtivessem protecção jusautoral([33]).

iii*) *Originalidade

Originalidade é um requisito central em matéria de direitos de autor, permitindo, por um lado separar o protegido do não protegido, e, por outro, determinar o âmbito de protecção de uma dada obra([34]). Quanto mais original for, maior será o seu âmbito de protecção([35]).

([29]) Art. 2.º(1) CDADC. O texto é muito semelhante ao do L112-1 do *Code de la Propriété Intellectuelle* (francês).

([30]) Sobre este assunto, em detalhe, cf. Tanya Aplin, 'Subject Matter' in Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE 2009) p. 54 e ss. e Lionel Bently& Brad Sherman, *Intellectual Property Law* (3.rd edn, OUP 2008), pp. 58 e ss.

([31]) *Creation Records v News Group Newspapers* [1997] EWHC Ch 370 disponível em <http://www.bailii.org/> (estava em causa a fotografia tirada sem autorização por um jornalista a esse arranjo de objectos).

([32]) *Lucas Film Limited v Ainsworth* [2011] UKSC 39 disponível em <http://www.bailii.org/> (após intensa discussão se este integraria o conceito de escultura, a resposta, segundo o direito inglês, foi negativa. No entanto, admitiu-se a aplicação de direito de autor norte-americano).

([33]) Justine Pila, 'Copyright and its Categories of Original Works' 30 Oxford Journal of Legal Studies (2010), pp. 229-254, defende este método tendo em conta a psicologia da apreciação artística.

([34]) Sobre este assunto veja-se, *inter alia*, Ramón Casas Vallés, 'The requirement of originality' in Estelle Derclaye (ed), Research Handbook on the Future of EU Copyright (EE 2009), pp. 101 e ss.

([35]) Este entendimento é relativamente pacífico (cf. Andreas Rahmatian, 'Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure' [2013] IIC, p. 18), tendo sido recentemente reafirmado pelo BGH na decisão *Geburtstagzug* I ZR 143/12 de 13 de Novembro de 2013 [rn41]. No entanto, o TJUE no caso C-145/10 *Painer* § 97, entendeu que "nenhum elemento da Directiva 2001/29 ou de outra directiva aplicável na matéria permite considerar que o alcance [da protecção jusautoral] é tributário de eventuais diferenças nas possibilidades de criação artística, no momento da realização das

O significado específico dessa noção foi e é alvo de grandes disparidades e debates([36]). Afinal de contas, escolher que critério é que se adopta em matéria de originalidade é definir o que é que a sociedade deseja promover: trabalho e investimento (apenas) ou criatividade([37])?

Originalidade tem um sentido subjectivo e um sentido objectivo. Em sentido **objectivo** significa que o autor foi quem criou a obra, que esta *tem a sua origem* no seu trabalho. Significa apenas que uma obra **não** foi **copiada**([38]). Em sentido **subjectivo** significa

---

diversas categorias de obras." No § 99 da mesma decisão acrescentou: "Uma vez que se tenha verificado que o retrato fotográfico em causa revela a qualidade de uma obra, a sua protecção não é inferior à de que beneficia qualquer outra obra, incluindo fotográfica".

([36]) Cf. a exposição de VICTÓRIA ROCHA, 'Contributos para delimitação da "originalidade" como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor', disponível em <http://www.apdi.pt> (publicado em *Ars Iucandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves — Vol. II*, 2008).

([37]) DANIEL GERVAIS, 'Feist Goes Global: A Comparative Analysis Of The Notion Of Originality In Copyright Law' 49 Journal of the Copyright Society of the USA (2002), pp. 953 e 958 ("It seems that by requiring the mark of creativity rather than looking at the work, time or money invested in the creation process, the Supreme Court clarified the consideration that society expects from its copyright "contract" with the author, and that copyright is not (only) an investment protection scheme.").

([38]) Este aspecto não se prende directamente com a discussão em torno dos casos (sobretudo teóricos) de coincidência criativa. Aí, trata-se de situações (altamente improváveis) em que existem duas criações com um conteúdo altamente semelhante mas em que não houve cópia. Se, de um modo geral na Propriedade Intelectual, o direito anterior é o prevalente, em matéria de direitos de autor é necessário provar a existência de cópia. Como explicou o juiz LEARNED HAND na famosa decisão *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp*., 81 F.2*d* 49: "If by some magic a man who had never known it were to compose a new Keats's Ode on a Grecian Urn, he would be an "author," and, if he copyrighted it, others might not copy that poem, though they might of course copy Keats's" [visto que este último se encontrava no domínio público]. Assim, da conjugação dos dois critérios é possível afirmar que uma obra que nada tem de novo é, mesmo assim, original. Nas palavras de VICTÓRIA ROCHA (*ob cit*., p. 4): *a anterioridade destrói a novidade, mas não, forçosamente a originalidade.* Em sentido diferente OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos* (Coimbra Editora, 1992), pp. 101 e 102, afirma que quando ocorram verdadeiras coincidências, *embora tenha havido dois actos de criação, o segundo não acrescentou nenhuma obra ao mundo da cultura, porque aquela obra já existia.* Conclui assim, que *a novidade (objectiva) seria em qualquer caso característica da obra literária ou artística; a prioridade na criação nada acrescenta à obra mas seria requisito para a atribuição da tutela por parte da ordem jurídica.* No entanto há que ressaltar que esta posição é muito minoritária (PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *International Copyright* (2.nd edn, OUP, 2010), p. 191).

que há criatividade: escolhas conscientes e criativas por parte de um ser humano de forma a que se gere uma expressão da personalidade de um autor([39]).

Como se compreende esta discussão tem especial relevância quanto se trate de (possíveis) objectos de protecção cujo grau de criatividade é particularmente reduzido. Assim, a protecção de mapas, listas telefónicas, bases de dados ou fotografias é mais sensível à orientação adoptada em matéria de originalidade.

Em consonância com a justificação que acolhem e com a função que os direitos de autor desempenham no sistema de *copyright* e de *droit d'auteur*, compreende-se que no caso do último a exigência em termos de originalidade seja mais alta.

Na perspectiva dos sistemas de *droit d'auteur*, para que haja uma obra requer-se que exista uma actividade criativa, intelectual, logo humana. Esta exigência nem sempre consta expressamente da lei, mas é unanimemente aceite([40]). Por exemplo, o art. 1.º da lei de direito de autor italiana (de 1941) fala em "obras intelectuais com carácter creativo" *(opere dell'ingegno di carattere creativo)*.

Tradicionalmente, os sistemas de *copyright* são menos exigentes, focando-se na protecção do investimento.

Nos Estados Unidos o Supremo Tribunal negou a protecção das páginas brancas (as listas telefónicas que dispõem os nomes por ordem alfabética) visto que estas não exigiam o mínimo de criatividade *(modicum of creativity)* necessário([41]). Afirmou-se que a originalidade (no sentido subjectivo) é condição *sine qua non* para a protecção jusautoral.

([39]) TATIANA-ELENI SYNODINOU, 'The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law' in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International, 2012, pp. 95 e 96. Também LUCAS & LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique* (4.ème edn Lexis Nexis, 2012), p. 119.

([40]) RAMÓN CASAS VALLÉS, *ob. cit.,* p. 106 (com relevantes referências comparativas).

([41]) *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991). Para uma análise magistral sobre estes critérios feita a propósito da querela em torno dos direitos de autor na tradução dos manuscritos do mar morto (concedida pelo supremo tribunal de Israel) veja-se o artigo de DAVID NIMMER, 'Copyright in the Dead Sea Scrolls' 38 Houston Law Review (2001-2002), pp. 1-222.

No Reino-Unido a perspectiva tradicional é sintetizada na máxima "what is worth copying is prima facie worth protecting"([42]). De certa forma, o teste consiste apenas em determinar se, na criação da obra, interveio suficiente "engenho, trabalho e discernimento" *(skill, labour and judgement)* bastando um nível mínimo (chamado *sweat of the brow*)([43]). Acolhe-se a noção objectiva de originalidade como sinónimo de obra não copiada, excluindo-se apenas criações que sejam demasiado triviais([44]). Como reflexo desta atitude, é igualmente de notar que a lei inglesa protege obras geradas por computador sem intervenção humana([45]).

Em suma, o direito de autor do Reino-Unido exigia apenas originalidade em sentido objectivo([46]), o direito de autor norte-americano exige originalidade também em sentido subjectivo, mas fixa as exigências de criatividade a níveis muito baixos (o suficiente para proteger as páginas amarelas); já o sistema continental é mais exigente([47]). Em nenhum dos casos há, porém, um juízo de mérito artístico ou qualidade da criação([48]).

Estas diferenças de grau explicam também o diferente papel dos direitos conexos([49]). Como os sistemas de *droit d'auteur* são mais exigentes para conceder direitos de autor, sentiram-se na necessidade de criar direitos semelhantes aos direitos de autor (também chamados direitos vizinhos) para proteger o investimento e

---

([42]) "O que vale a pena copiar, à partida vale a pena proteger." A expressão provem da decisão de 1916 *University of London Press v University Tutorial Press* [1916] 2 Ch 209, relativo à protecção jusautoral de questões de exames.

([43]) "Suor do rosto." Nesta terminologia é possível perceber o papel de protecção do investimento que é dado aos direitos de autor no direito inglês.

([44]) LIONEL BENTLY& BRAD SHERMAN, *ob. cit.*, p. 98. Para um bom exemplo jurisprudencial veja-se *Sawkins v. Hyperion Records Ltd* [2005] EWCA Civ 565.

([45]) S. 178 CDPA.

([46]) Talvez por isso mesmo se haja sentido necessidade de recorrer a categorias de obras para garantir que a protecção conhecia limites.

([47]) Apesar de se protegerem as chamadas pequenas moedas/troco *(kleine Münze ou petit monnaie)*, criações cujo contributo criativo é reduzido.

([48]) O que não quer dizer que estes aspectos sejam totalmente irrelevantes (cf. STEF VAN GOMPEL & ERLEND LAVIK, 'Quality, Merit, Aesthetics and Purpose: An inquiry into EU Copyright law's eschewal of other criteria than originality' 236 RIDA (2013), pp. 100-295).

([49]) SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright…, ob. cit.*, p. 46.

determinadas actividades envolvidas igualmente nas indústrias criativas, mas que não apresentam um grau de criatividade necessário à protecção jusautoral. Assim (entre outros) os produtores de fonogramas, de filmes, artistas-intérpretes e organismos de radiodifusão são titulares de direitos conexos([50]). Em contraste, os países de *copyright* não sentiram a mesma necessidade, visto que prestações como estas podiam gozar directamente de direitos de autor.

***iv*)** *A dicotomia ideia-expressão*

Um postulado central no entendimento dos direitos de autor e sobretudo do seu objecto de protecção é a chamada dicotomia ideia-expressão. Neste aspecto há unanimidade: "o direito de autor não protege ideias"([51]); protege apenas uma dada **expressão** de uma ideia. Assim, no caso de um livro de ficção não é a história que é objecto de protecção, mas antes a forma como ela é contada; não é a composição (abstracta) dos objectos ou pessoas que é protegida numa pintura ou fotografia mas sim a expressão que lhe é dada. O direito de autor não protege, por isso, teorias, métodos, estilos, materiais, dados ou factos([52]).

Traçar a linha entre o que constitui ideia e a sua expressão pode revelar-se complicado, até porque para se comunicar uma ideia é sempre necessário dar-lhe uma dada expressão. Por isso mesmo existe a chamada *merger doctrine*, segundo a qual não subsistirão direitos de autor numa dada expressão se esta for a única forma de exprimir a ideia que lhe subjaz([53]).

A distinção entre ideia e expressão é sobretudo uma questão de grau de abstracção([54]). O grande desafio consiste em saber

---

([50]) Esclareça-se que, em grande medida o seu conteúdo normativo é semelhante ao do direito de autor. Para uma perspectiva sobre este assunto, cf. HERMAN COHEN JEHORAM, 'The relationship between copyright and neighbouring rights' 144 RIDA (1990), pp. 81-133.

([51]) Art. 9.º (2) TRIPS.

([52]) Art. 1.º (2) CDADC.

([53]) V.g. RICHARD H. JONES, 'The Myth Of The Idea/Expression Dichotomy In Copyright Law' 10 Pace Law Review (1990), pp. 575 e ss. Cf. também o caso C-393/09 *BSA* §49.

([54]) Como explicou o juiz LEARNED HAND no famoso caso *Nichols v. Universal Pictures*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930). "Upon any work, and especially upon a play, a great

quando é que uma determinada sequência de eventos, combinação de elementos ou aspecto geral *(look and feel)* deixa de ser uma expressão (protegida) para passar a ser uma ideia ou elemento comum ao estilo (não protegidos)([55]). Assim, olhando para uma peça de teatro, um filme, uma ópera ou uma personagem haverá um número de elementos do enredo que serão apenas ideias básicas mas, à medida que ganhem em complexidade e detalhe, aproximar-se-ão de uma expressão, e dessa forma de protecção jusautoral.

c. Conteúdo

Existem também diferenças muito relevantes em matéria de conteúdo de direitos de autor. Apesar de a harmonização internacional e europeia as ir esbatendo, as atitudes do sistema não são, em muitos aspectos, semelhantes. Acresce que a técnica jurídica, como é natural, diverge com frequência.

***i*)** *Estrutura*

Os direitos de autor (ou o direito de autor) conferem um conjunto de faculdades ao seu titular. Como qualquer direito de propriedade intelectual, o seu carácter é meramente negativo, são direitos de proibir. Estruturalmente, existem duas formas de conceber esta realidade.

Uma primeira possibilidade consiste em ver o direito de autor, como um único direito absoluto sobre a obra, equiparável ao direito de propriedade, do qual derivam inúmeras hipóteses de aplicação. Uma segunda possibilidade é entender os direitos de

---

number of patterns of increasing generality will fit equally well, as more and more of the incident is left out. The last may be no more than the most general statement of what the play is about, …but there is a point in this series of abstractions where they are no longer protected, since otherwise the playwright could prevent the use of his ideas…"

([55]) Este aspecto é muito debatido em relação v.g. à protecção de programas de computador (cf. a perspectiva europeia de Ed Barker & Iona Harding, 'Copyright, the ideas/expression dichotomy and harmonization: digging deeper into SAS' JIPLP [2012] pp. 673 e ss. e norte-americana de David Daniels,'Learned Hand Never Played Nintendo: A Better Way to Think about the Non-Literal, Non-Visual Software Copyright Cases' 61 The University of Chicago Law Review (1994), pp. 613-638).

autor como um feixe de direitos de controlar determinados usos de uma dada obra([56]).

Relacionado com este debate, existe uma diferença fundamental entre o sistema de *copyright* e o sistema de *droit d'auteur* na forma como os direitos de exclusivo são concebidos. No sistema de *droit d'auteur* os específicos direitos são vistos como concretização de cláusulas gerais amplas: "No exercício dos direitos de carácter patrimonial o autor tem o direito exclusivo de dispor da sua obra e de fruí-la e utilizá-la, ou utilizar a sua fruição e utilização por terceiro, total ou parcialmente"([57]), o que permite cobrir novos usos não previstos pelo legislador. No sistema de *copyright* os direitos de exclusivo são vistos como realidades tipificadas, pelo que um novo uso, não coberto pelos "direitos existentes", será livre, até intervenção legislativa.

***ii*)** *Direitos de exclusivo*

Tradicionalmente, dividem-se os direitos do autor de acordo com os interesses que protegem, entre direitos morais e direitos económicos. Os primeiros visam assegurar interesses não-económicos do autor, como a sua reputação e identidade artística, enquanto os segundos tratam sobretudo da remuneração do trabalho criativo([58]).

α) Direitos morais

Os direitos morais referidos no art. 6.º, *bis* Convenção de Berna, são o direito de paternidade e o direito de integridade da

---

([56]) Não tomarei, neste ponto posição aprofundada no debate. Parece-me, no entanto, que por razões de facilidade de análise e sintonia com a técnica legislativa se devem decompor as várias faculdades.

([57]) Art. 9.º (2) CDADC. Uma dicotomia comum (encontrada v.g. no direito alemão §15 UrhG) é entre a exploração em forma tangível *(körperlicher)* e intangível *(unkörperlicher)*.

([58]) É claro que existe igualmente um interesse económico na reputação e identidade artística e, de certa forma, um interesse moral nos seus direitos económicos (assim AXEL METZGER, 'Europäisches Urheber recht ohne Droit moral? — status quo und Perspektiven einer Harmonisierung des Urheber persönlichkeitsrechts', in ANSGAR OHLY, *et al.* (eds), *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag* (C.H Beck 2005), p. 464).

obra([59]). O direito de paternidade permite controlar a atribuição de autoria, incluindo o direito a ser identificado e o direito a permanecer anónimo. O direito de integridade da obra confere ao seu autor a possibilidade de controlar a forma de exploração artística da sua obra, abrangendo "qualquer acção derrogatória que afecte indirectamente a obra ainda que não a modifique"([60]). A estes dois acresce, entre os direitos morais mais comuns, o direito de divulgação, que permite a um autor controlar se, e em que condições, publica a sua obra([61]).

A existência de direitos morais é reflexo das teses personalistas, acolhidas sobretudo pela tradição de *droit d'auteur*. No entanto, estes estão previstos na Convenção de Berna, o que levou a que de uma forma ou outra os países da *common law* fossem consagrando direitos morais([62]). Porém, a **atitude** destes últimos perante os direitos morais é próxima do desprezo([63]). Ilustrativo disso é a circunstância de, por insistência norte-americana, o art. 9.º (1) do acordo TRIPS integrar a Convenção de Berna, excluindo apenas o art. 6.º, *bis* (relativo aos direitos morais)([64]).

([59]) Para uma análise detalhada dos direitos morais veja-se MIRA SUNDARAN RAJAN, *Moral Rights: Principles, Practice and New Technology* (OUP 2011) e ELIZABETH ADENEY, *The moral rights of authors and performers* (6.th edn OUP 2006).

([60]) SILKE VON LEWISNKI, *International Copyright… ob. cit.*, p. 52.

([61]) *Ibid.*, p. 51 (indicando que a maioria dos países de *droit d'auteur* estabelece de uma forma ou outra pelo menos estes três direitos morais básicos).

([62]) No caso do Reino-Unido, isso aconteceu apenas em 1988, excluindo algumas categorias de obras (como programas de computadores ou famílias tipográficas *(typefaces)*), cf. S.79 CDPA. No caso dos EUA, estes direitos só foram consagrados para as obras visuais, através do Visual Arts Rights Act (VARA) de 1990 que introduziu a § 106*a*.

([63]) WILLIAM CORNISH, 'Moral Rigths under the 1988 Act' [1989] EIPR pp. 449 e ss.; ROBIN JACOB, *et al.*, *Guidebook to Intellectual Property* (6.th edn Hart Publishing) p. 190 "…the French and Germans have traditionally been much more interested in these kinds of rights." Sobre os direitos morais no Reino-Unido veja-se ainda IONA HARDING & EMILY SWEETLAND, 'Moral rights in the modern world: is it time for a change?' [2012] JIPLP, pp. 565-572.

([64]) Aquando da adesão dos EUA à Convenção de Berna (em 1989) foi emitida uma declaração explicando que, por conjugação de uma série de soluções legais previamente existentes, os interesses morais dos autores seriam adequadamente protegidos. Como é sabido, a Convenção de Berna não dispõe de nenhum mecanismo efectivo para garantir o seu cumprimento. Por outro lado, o acordo TRIPS é parte integrante do Acordo da OMC o que implica que haja jurisdição e possibilidade de aplicação de sanções comer-

Reflexo dessa diferente atitude perante os direitos morais, a sua **transmissibilidade** é admitida nalguns sistemas de *copyright*([65]), sendo inadmissível nos países de *droit d'auteur*. Quanto a estes últimos, é ainda possível distinguir entre aqueles países que seguem uma abordagem monista (como a Alemanha e a Áustria) daqueloutros chamados dualistas. A diferença reside na consideração dos direitos morais. Para os países dualistas, como França e Portugal, os direitos morais, por oposição aos direitos económicos, são **eternos e inalienáveis**([66]). Em contraste, os países monistas consideram os direitos de autor uma unidade (embora depois façam a distinção em termos regulatórios)([67]) e, consequentemente, os direitos morais, assim como os económicos, expiram no dia 1 de Janeiro do 71.º ano após a morte do autor. No caso dos países da *common law* a duração dos direitos morais é menor ou igual à dos direitos económicos([68]).

β) Direitos económicos

Como já referido, nos sistemas de *droit d'auteur* o autor goza de uma forma geral do direito de explorar economicamente a sua obra. Por isso mesmo, os direitos económicos (também chamados direitos patrimoniais) são formulados de um modo amplo e como concretização de uma cláusula geral. Esta circunstância permite cobrir novos usos e mudanças tecnológicas sem necessidade de

---

ciais. Esta razão explica a reticência norte-americana quanto à inclusão dos direitos morais no âmbito do acordo. Sobre isto veja-se MONICA KILIAN, 'A Hollow Victory for the Common Law? TRIPs and the Moral Rights Exclusion', John Marshall Review of Intellectual Property Law (2003), p. 321.

([65]) Como os EUA, 17USC §106*a*(*e*).

([66]) Art. 56.º (2) CDADC, pese embora os direitos morais serem exercidos pelo Ministério da Cultura após a obra cair no domínio público (art. 57.º CDADC).

([67]) Usando a célebre metáfora de EUGEN ULMER (*Urheber-und Verlagsrecht* (3.ª edn, Springer, 1980), p. 116) "dois ramos da mesma árvore".

([68]) Nos EUA duram a vida do autor (17 USC §106a(d)), no Reino-Unido duram o mesmo tempo que os direitos económicos, excepto no caso do direito de obstar a falsa atribuição que dura apenas 20 anos após a morte do autor (S 86 CDPA). Para uma síntese das diferenças em relação à regulamentação dos direitos morais nos vários países da EU, cf. *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd1999b53000e28_en.pdf>.

estabelecer novos direitos. Em contraste, os sistemas de *copyright*, tipificam de forma taxativa os direitos do autor([69]).

***iii*)** *Limites e excepções*

Também em matéria de limites e excepções existe uma abordagem diferenciada. Os sistemas de copyright dispõem de excepções abertas como o *fair use* (norte-americano) ou o *fair dealing* (Reino-Unido). Trata-se de cláusulas gerais com factores para ponderação([70]). O texto do 17 USC §107 é um exemplo paradigmático:

> "O uso legítimo de uma obra, incluindo reprodução em cópias, fonogramas ou outros meios especificados nessa secção, para fins como crítica, comentário, relato de notícias, ensino (incluindo múltiplas cópias para uso na sala de aula), estudo ou investigação, não constitui violação de direitos de autor. Para determinar se o uso feito de uma determinada obra em particular constitui uso legítimo, os factores a considerar incluem:
>
> 1) O fim e carácter do uso, incluindo se esse uso é de natureza comercial ou para fins educacionais não lucrativos;
> 2) A natureza da obra;
> 3) A quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação à obra como um todo;
> 4) O efeito do uso no mercado potencial para a obra em questão"([71]).

([69]) 17 USC 106, S16 CDPA.

([70]) Campo particularmente ilustrativo da fértil utilização do método móvel de WALTER WILBURG na Propriedade Intelectual. Sobre isso, cf. WALTER WILBURG, 'Desenvolvimento de um sistema móvel no Direito civil' (tradução e prefácio de RAÚL GUICHARD) [2000] Direito e Justiça, p. 134.

([71]) "…the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include

1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
2) the nature of the copyrighted work;
3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work."

Em contrapartida, os sistemas continentais costumam apresentar um catálogo fechado de limites e excepções e defendem que as excepções devem ser interpretadas restritivamente([72]).

d. Titularidade

A titularidade de direitos de autor pode ser originária ou derivada. A primeira nasce, necessariamente da criação e, está visto, nenhuma pessoa colectiva pode criar. A titularidade derivada pode surgir de duas formas: por força da lei([73]) ou por obra da vontade do titular originário (negócio jurídico)([74]).

Todas as leis de direitos de autor partem de um postulado básico: à partida, o direito de autor pertence ao criador da obra, pessoa singular([75]). A isto chama-se "a doutrina do criador"([76]).

***i*)** O princípio do criador

O entendimento desta regra tem três manifestações([77]):

(1) Os alemães e austríacos entendem o princípio do criador *(Schöpferprinzip)*([78]) como algo absoluto, pelo que esta regra não conhece excepções. Nestes países a titularidade

---

([72]) MATTHIAS LEISTNER & GERD HANSEN, "Die Begründung des Urheberrechtsimdigitalen Zeitalter — Versucheiner Zusammen führung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungs bemühungen"' [2008] GRUR, pp. 486 e ss. e, para um exemplo ilustrativo, MATTHIAS LEISTNER, 'The German Federal Supreme Court's Judgment on Google's Image Search — A Topical Example of the "Limitations" of the European Approach to Exceptions and Limitations' [2011] IIC, pp. 417 e ss.

([73]) Sendo que, nestes casos, há quem fale (erradamente) em presunção legal de autoria. A autoria é sempre de uma ou várias pessoas físicas (identificáveis ou não), a titularidade dos direitos de autor é que pode, por via legal, nunca chegar a ser tida pelo criador.

([74]) Há evidentemente outras vicissitudes possíveis, derivadas do carácter "de propriedade" dos direitos de autor, como a sua aquisição em processo de insolvência, a sua penhora, etc.

([75]) Nestes termos v.g. art. 11.º do CDADC e §7UrhG.

([76]) Cf. JACQUELINE SEIGNETTE, *Challenges to the creator doctrine* (Wolters Kluwer, 1994).

([77]) Para uma panorâmica comparativa e referências adicionais veja-se NUNO SOUSA E SILVA, *The Ownership Problems of Overlaps in European Intellectual Property Law* (Nomos Verlag, 2014).

([78]) §7 UrhG (lei alemã de direitos de autor) e §10 ÖUhrG (lei austríaca de direitos de autor).

(tanto original como derivada) de direitos de autor está reservada a pessoas singulares que criaram a obra([79]). À partida, o direito de autor é inseparável do criador da obra. No entanto, é possível obter um efeito semelhante à transmissão (aquisição derivada) por via de licenças exclusivas.

(2) Os franceses, italianos, portugueses e, de um modo geral, a maior parte dos países da tradição (dualista) de *droit d'auteur*, admitem que a regra possa sofrer algumas excepções, nomeadamente por via de transferência legal no caso de obras colectivas([80]). Acresce que estes países não se opõem à transferência dos direitos económicos por via de contrato, considerando, no entanto, os direitos morais inalienáveis. Tradicionalmente, estes contratos estão sujeitos a regras formais exigentes([81]).

(3) Os sistemas de *copyright* (como os EUA)([82]) e o Reino-Unido)([83]), apesar de partirem igualmente da doutrina do criador não obstam a que, por via da lei, o direito de autor possa pertencer a uma pessoa colectiva a título inicial e chegam a usar o termo "autor" de forma indiscriminada([84]). Quanto à transmissibilidade dos direitos morais, esta é admitida nos EUA([85]) mas inadmissível no Reino-Unido([86]).

([79]) Há, claro, a excepção da transmissão por morte.

([80]) Art. 19.º CDADC.

([81]) Como forma escrita, reconhecimento de assinaturas ou mesmo escritura pública. Em Portugal, cf. arts. 40.º a 49.º CDADC.

([82]) 17 USC § 101 and § 201(*b*).

([83]) S 11(2) CDPA.

([84]) Segundo J. STERLING, *World Copyright law* (3.rd edn, Sweet and Maxwell, 2008), p. 1209, é necessário distinguir entre autor *stricto sensu* (o indivíduo que através de criação contributiva produz uma obra) de autor em sentido lato (aquele definido pela lei). Isto também está relacionado com a utilização de direitos de autor para a protecção de investimento (a matéria típica dos direitos conexos é igualmente protegida pelo direito de autor); assim SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright..., ob. cit.*, p. 49.

([85]) 17USC §106a(*e*).

([86]) S87 CDPA.

Outro aspecto de diferenciação prende-se com o tratamento das **criações de assalariados**. Tendencialmente, os países do *copyright* estabelecem uma presunção legal de transferência a favor do trabalhador assalariado (mas já não no caso de obras sob encomenda)([87]) através da chamada *work for hire doctrine*. Nos países continentais não existe tal presunção legal mas discute-se se há ou não lugar a uma licença implícita([88]).

***ii*)** *Gestão colectiva (referência)*

Devido à estrutura do mercado em matéria de direitos de autor, há um grande número de obras que são exploradas por via das chamadas sociedades colectivas (como a Sociedade Portuguesa de Autores). Na definição da WIPO([89]) "gestão colectiva é o exercício de direitos de autor e direitos conexos por organizações agindo no interesse e em nome dos titulares desses direitos". Também a este nível existem algumas diferenças entre os dois sistemas. As sociedades colectivas são mais reguladas no sistema continental e o seu papel cultural é mais relevante e acentuado([90]).

3. Metodologia e fontes normativas do direito de autor europeu

O Direito Europeu é estabelecido pelos tratados (hoje em dia Tratado da União Europeia (TUE) e Tratado sobre o Funciona-

---

([87]) Esta é uma diferença entre as disposições da lei holandesa, inglesa e irlandesa, por um lado e norte-americana (que admite a transferência legal também no caso de obra por encomenda), por outro.

([88]) Sobre este tema veja-se Nuno Sousa e Silva, *The Ownership Problems of Overlaps..., ob. cit.* Para uma perspectiva da lei portuguesa, cf. Victória Rocha, 'A titularidade das criações intelectuais no âmbito da relação de trabalho' in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais* (Coimbra Editora, 2007), pp. 167 e ss.

([89]) <http://www.wipo.int/about-ip/en/about_collective_mngt.html> consultado a 12 de Janeiro de 2014.

([90]) Silke von Lewinski, *International Copyright..., ob. cit.*, p. 61. Para uma perspectiva geral sobre o assunto, cf. Daniel Gervais (ed), *Collective Management of Copyright and Related Rights* (2.nd edition Kluwer, 2010).

mento da União Europeia (TFUE)) que actuam como uma Constituição, regulando o funcionamento das instituições e o limite das suas competências, os direitos e obrigações dos Estados-Membros e dos seus cidadãos, além das políticas e objectivos comuns da União([91]).

Como é sabido, no âmbito do Direito Europeu existem, na prática, três formas de intervenção legislativa: Directivas, Regulamentos e acção jurisprudencial. Além destas, um aspecto muito importante na harmonização dos direitos de autor nacionais dos Estados-Membros reside no conjunto considerável de normas internacionais constante de tratados e convenções dos quais todos são parte([92]).

a. Directivas

As directivas são instrumentos normativos dirigidos aos Estados-Membros e que, apesar de excepcionalmente poderem ter efeito directo, têm que ser transpostas para o direito interno de cada Estado. Permitem alcançar alguma uniformidade entre os direitos nacionais, respeitando as diferenças de cultura e tradição jurídica de cada Estado-Membro([93]). Estabelecem uma obrigação de resultado, deixando liberdade aos Estados quanto aos meios. No domínio dos direitos de autor, como vimos, há diferenças especialmente acentuadas entre o direito dos Estados-Membros. Por isso mesmo este instrumento tem sido o utilizado.

([91]) Para uma panorâmica geral sobre o Direito Europeu, cf. PAUL CRAIG & GRÁINE DE BÚRCA, *EU Law — Text. Cases and Materials* (5.th edn, OUP 2011). Com uma perspectiva institucional, cf. TREVOR HARTLEY, *The Foundations of European Union Law* (7.th edn, OUP 2010), e sobre a parte essencial do direito substantivo, cf. CATHERINE BARNAD, *The Substantive Law of the EU — The Four Freedoms* (3.rd edn OUP 2010). Em Português veja-se SOFIA OLIVEIRA PAIS (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial* (2.ª edn Almedina, 2012).

([92]) CHRISTIAN HANDIG, 'The Copyright Term "Work" — European Harmonisation at a Unknown Level' [2009] IIC, p. 668.

([93]) Para um enquadramento geral deste instrumento normativo, cf. SACHA PRECHAL, *Directives in EC Law* (2.nd edn OUP, 2005).

i) *O acervo* (acquis)

Neste momento existem oito directivas, quase todas já transpostas para o direito interno dos Estados-Membros, formando um considerável acervo([94]). Por ordem cronológica são:

— Directiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa à protecção jurídica dos programas de computador (Versão codificada). Texto relevante para efeitos do EEE([95]);

Em 1991, após intensa discussão a nível europeu e internacional, decidiu-se que seria adequado seguir o exemplo norte-americano e tratar o *software* como obra literária e artística([96]). Esta solução foi mais tarde acolhida no acordo TRIPS, cujo art. 10.º (1) dispõe que "os programas de computador, quer sejam expressos em código fonte ou em código objecto, serão protegidos enquanto obras literárias ao abrigo da Convenção de Berna". Em 2009 a directiva de 1991 foi substituída por uma versão codificada.

A directiva contem soluções específicas, que levam a um tratamento diferenciado do "direito de autor de programas de computador", em Portugal regulado por diploma autónomo([97]). Recentemente o Tribunal de Justiça esclareceu que o objecto de protecção deste direito de autor "especial" é apenas o código fonte (chamada linguagem de programação, legível por seres humanos) e o código

---

([94]) Veja-se BERNT HUGENHOLTZ, 'Is Harmonization a Good Thing? The case of the Copyright Acquis' in Justine Pila & Ansgar Ohly (eds) *The Europeanization of Intellectual Property Law — Towards a European Legal Methodology* (OUP, 2013), pp. 57-73. Sobre a harmonização dos direitos de autor em detalhe, cf. ELEONORA ROSATI, *Originality in EU Copyright — Full Harmonization through Case Law* (EE, 2013), pp. 10-53.

([95]) EEE, significa o Espaço Económico Europeu que inclui, para além dos países da União Europeia, o Liechtenstein, a Noruega e a Islândia.

([96]) Como apontado por THOMAS DREIER, 'The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs' [1991] EIPR, pp. 319-320, qualquer abordagem por via de direito conexo ou *sui* generis teria envolvido a criação de um novo instrumento internacional de protecção; um processo longo e complicado sem garantias de sucesso.

([97]) DL n.º 252/94, de 20 de Outubro.

objecto [as instruções dirigidas ao computador, expressas em binário (0101010001)](98).

— Directiva 2006/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos ao direito de autor em matéria de propriedade intelectual (versão codificada).

Esta directiva foi inicialmente adoptada em 1992. Contém duas partes: uma primeira onde se consagraram os direitos exclusivos de aluguer e comodato, a fim de harmonizar realidades como os clubes de vídeo, hoje em dia algo ultrapassadas; e uma segunda parte onde se estabeleceu uma harmonização de direitos conexos, mais especificamente os direitos dos artistas-intérpretes, dos produtores de fonogramas, dos produtores de filmes e dos organismos de radiodifusão.

— Directiva 93/83/CEE do Conselho, de 27 de Setembro de 1993, relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo.

Neste caso pretendeu-se estabelecer as condições necessárias a um mercado interno de radiodifusão. Como explica BERNT HUGENHOLTZ(99), a directiva não tem grande conteúdo em termos de regras substantivas. Consagra uma solução de direito internacional privado: a lei aplicável à radiodifusão é a lei do Estado emissor *(uplink state)*, o que implica a criação de um direito unitário, e estabelece uma gestão colectiva obrigatória de direitos para facilitar a recolha de direitos necessários à retransmissão por cabo.

---

(98) C-393/09 *Bezpečnostnísoftwarová associasse* (BSA) §42. Esta decisão gerou grande controvérsia ao decidir tratar da protecção de interfaces gráficas (comummente refereridas como Graphic User Interface (GUI)), constituindo um exemplo de intervenção *ultra vires* do tribunal.

(99) 'Sat Cab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive' European Audiovisual Observatory Iris plus 2009-8 'Convergence, Copyrights and Transfrontier Television, pp. 7-19.

— Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (versão codificada).

Em 1993, foi aprovada uma directiva com vista a harmonizar a duração dos direitos de autor nos 70 anos p.m.a. e dos direitos conexos nos 50 anos([100]) SILKE VON LEWINSKI([101]) aponta como justificação para alinhar a duração pelo termo mais alto (o Alemão) a ideia de protecção de expectativas. No entanto, este princípio tem os seus limites e dificilmente pode justificar uma duração tão elevada. Em termos económicos tem-se apontado um termo óptimo como algo entre 15 e 38 anos desde a data de criação([102]). No entanto não tem sido este o sentido da evolução.

Em 2011, com uma curiosa técnica legislativa, foi aprovada a:

— Directiva 2011/77/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2011, que altera a Directiva 2006/116/CE relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos.

Que estendeu o prazo de protecção dos protectores de fonogramas (de 50 para 70 anos) e institui um mecanismo para garantir que os autores beneficiariam igualmente com essa extensão([103]).

([100]) Há alguns direitos conexos (ou outros mecanismos jurídicos de protecção) como a protecção de obras sem direitos de autor mas inéditas e as edições críticas e científicas que também foram abordadas, estabelecendo-se 25 anos para a primeira (art. 4.º) e o prazo máximo de 30 anos para a segunda (art. 5.º).

([101]) 'The EC Duration Directive: An Example of the Complexity of EC Copyright Harmonization' in Peter Yu (ed), Intellectual Property and Information Wealth, vol. IV (Praeger 2007), pp. 257 e ss.

([102]) Cf. a literatura citada por HEIKI PISUKE, 'Duration of Copyright and related rights' in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International 2012), p. 180.

([103]) Esta directiva foi severamente criticada, cf. RETO HILTY, *et al.*, 'Comments by the Max Planck Institute' (disponível em <http://www.ip.mpg.de/files/pdf1/Comments-ProtectionCopyrights.pdf>); NATALI HELBERGER, *et al.*, 'Never forever: Why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea' [2008] EIPR, pp. 174-181; e, ainda o documento devastador "The Proposed Directive for a Copyright Term Extension — A backward-looking package" <http://www.cippm.org.uk/downloads/Term%20Statement

Apesar de intensa, a intervenção legislativa no domínio da duração dos direitos está longe de ter sido bem-sucedida([104]).

— Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.

A directiva harmoniza o tratamento das bases de dados. Por um lado, admite a protecção por via de direitos de autor de uma base de dados, na medida em que esta seja original ("criação intelectual específica do respectivo autor"), no seu art. 3.º. Por outro, cria um direito conexo([105]) para aquelas bases de dados em que tenha havido investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo na "obtenção, verificação ou apresentação" do seu conteúdo (art. 7.º).

— Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

Esta directiva, também conhecida como Infosoc ou pura simplesmente a directiva de direitos de autor, é a directiva mais importante do acervo de legislação existente neste domínio([106]). A directiva começou por ser pensada como uma transposição dos tratados da WIPO de 1996, que, por sua vez, visavam adaptar o direito

---

%2027_10_08.pdf>. Um sítio bom por onde explorar a controvérsia em termos mais amplos é <http://wiki.lessig.org/Against_perpetual_copyright>.

([104]) CHRISTINA ANGELOPOULOS, 'The Myth of European Term Harmonisation: 27 Public Domains for the 27 Member States' [2012] IIC, pp. 567 e ss.

([105]) Chamado direito *sui generis* a fim de evitar a aplicação de regras de tratamento nacional e nação mais favorecida e frustrar o princípio de reciprocidade estabelecido no seu art. 11.º

([106]) Assim, ANDRÉ LUCAS, 'La longue route vers l'harmonisation du droit d'auteur. Analyse critique' in Marie-Christine Janssens & Geertrui Van Overwalle (eds), *Harmonisation of European IP Law — From European rules to Belgian law and practice* (Larcier, 2012), p. 20. Em sentido contrário veja-se BERNT HUGENHOLTZ, 'Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid' [2000] EIPR, pp. 499-505 (apontando várias insuficiências e omissões relevantes).

internacional de autor ao surgimento da internet([107]). No entanto, acabou por ganhar uma dimensão mais ampla de harmonização horizontal, referindo-se a todas as obras que gozem de direitos de autor.

A directiva harmoniza alguns direitos económicos básicos (reprodução, comunicação ao público e distribuição) de forma transversal, trata do assunto de excepções e limitações e regula as medidas de carácter tecnológico e informações para gestão de direitos([108]).

— Directiva 2001/84/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Setembro de 2001, relativa ao direito de sequência em benefício do autor de uma obra de arte original que seja objecto de alienações sucessivas.

Estabelece-se o vulgarmente designado *droit de suite*. Trata-se de um direito dos artistas plásticos a serem remunerados pelas vendas subsequentes de uma obra de arte da sua autoria mas relativamente à qual já não detêm a propriedade física do suporte([109]). A directiva define ainda o âmbito e as taxas da aplicação desse direito remuneratório.

— Directiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012, relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs. Texto relevante para efeitos do EEE.

A directiva aborda o problema das chamadas "obras órfãs", aquelas obras protegidas por direitos de autor, mas cujo titular é impossível de localizar. Dispõe as condições para se obter o esta-

---

([107]) Sobre estes tratados em pormenor veja-se JÖRG REINBOTHE & SILKE VON LEWINSKI, *The WIPO Treaties 1996* (Butterworths Lexis Nexis, 2002) e MIHÁLY FICSOR, *The Law of Copyright and the Internet* (OUP 2002).

([108]) Para uma panorâmica breve, cf. MICHAEL HART, 'The copyright in the Information Society Directive: An Overview' [2002] EIPR, pp. 58-64.

([109]) Cf. MARIA VICTÓRIA ROCHA, 'O direito de sequência (droit de suite): um direito dos artistas plásticos' disponível em <http://www.apdi.pt/pdf/O_direito_de_sequ%C3%AAncia.pdf> (Museu 4, 13, pp. 301-343).

tuto de obra órfã (arts. 2.º a 5.º) e quais os usos permitidos dessas obras órfãs (art. 6.º). Tem sido muito criticada por conter noções vagas e não ser efectiva nos objectivos que propõe atingir([110]). O seu prazo de transposição expira a 29 de Outubro de 2014.

Encontra-se ainda pendente uma proposta de directiva sobre sociedades de gestão colectiva e licenças multiterritoriais para música *online*([111]).

Todas estas directivas foram justificadas com bases nos arts. 26.º e 114.º TFUE, visando a regulação do mercado interno([112]).

***ii*)** *Domínios não harmonizados*

Seguindo a sugestão de André Lucas([113]) é conveniente assinalar também aquilo que, até agora, não foi alvo de harmonização.

Um dos aspectos estruturais mais importantes que ainda não foi harmonizado é a questão da **titularidade** dos direitos de autor([114]). De igual forma e com grande relevância estrutural, os **direitos morais**, entre os quais se deve destacar (pela sua relevância, também económica) o direito de integridade da obra, continuam ausentes([115]). Nestes dois casos a circunstância dever-se-á sobretudo ao seu carácter polémico. Poucas diferenças de orientação legal entre os Estados-Membros serão capazes de gerar posições tão extremadas e apaixonadas.

Um outro aspecto altamente criticado é a questão de **excepções e limitações**. A solução escolhida na directiva Infosoc (art. 5.º) foi a de incluir todas as excepções e limitações existentes nas leis nacionais num catálogo taxativo, posto à disposição dos Estados, o que

---

([110]) Eleonora rosati, 'The Orphan Works Directive, or throwing a stone and hiding the hand' [2013] JIPLP, pp. 303-310.

([111]) João Pedro Quintais, 'Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (some) Multi-Territorial Licensing' [2013] EIPR, pp. 65 e ss.

([112]) Para uma análise detalhada veja-se Theodore Georgopoulos, 'The legal foundations of European copyright law' in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International, 2012) pp. 31-42.

([113]) *Ob. cit.*, pp. 22 e ss.

([114]) Tratando alguns dos problemas associados a esta falha de harmonização (e a pouca harmonização que se pode considerar) veja-se Nuno Sousa e Silva, *The Ownership Problems…, ob. cit.*

([115]) Cf. considerando 19 da Directiva 2001/29.

acaba por não concretizar qualquer harmonização efectiva([116]). Espera-se que a recentemente lançada consulta pública em matéria de direitos de autor e direitos conexos([117]) que dedica mais de metade das suas páginas ao assunto de excepções e limitações, venha a produzir frutos nesse domínio, tendo havido propostas no sentido de adoptar uma cláusula aberta ao estilo do *fair use* norte-americano([118]).

Outro aspecto, relacionado com a titularidade, é a questão dos **contratos de direitos de autor**([119]). Trata-se normalmente de aspectos relativos a formalidades e interpretação dos contratos, definindo, nomeadamente, de que modo e em que medida se efectua a protecção do autor como parte mais fraca do contrato([120]). Neste caso, estamos num domínio verdadeiramente complexo e que envolve em grande medida as regras contratuais de cada Estado e, neste estado de integração, parece difícil que se venha a avançar.

As regras de **direito internacional privado** relativas aos direitos de autor e, de um modo mais geral, à Propriedade Intelectual, tão pouco foram abordadas de forma consistente pelo legislador europeu([121]).

([116]) LUCIE GUIBAULT, 'Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation' [2010] JIPITEC, p. 64; CHRISTOPHE GEIGER & FRANCISKA SCHÖNHERR, 'Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the Acquis regarding Limitations and Exceptions' in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International 2012, p. 136 ("um falhanço").

([117]) Disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf>.

([118]) BERNT HUGENHOLTZ & MARTIN SENFTLEBEN, Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities (2011) disponível em <http://ssrn.com/abstract=1959554> e PAUL TORREMANS, 'The perspective of the Introduction of a European Fair Use Clause' in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International, 2012), pp. 319-337.

([119]) Para uma panorâmica geral e comparativa do estado da lei na UE, veja-se LUCIE GUIBAULT & BERNT HUGENHOLTZ, Study on the Conditions Applicable to Contracts Relating to Intellectual Property in the European Union (Final Report) (study no ETD/2000 /B5-3001/E/69) e sobre as relações entre o direito de autor e o direito dos contratos LUCIE GUIBAULT, The 'Relationship between Copyright and Contract Law' in Estelle Dercalye (ed), *Research handbook..., ob. cit*., pp. 517 e ss.

([120]) PAUL KATZENBERGER, 'Protection of the Author as the Weaker Party to a Contract under International Copyright Contract Law' [1988] IIC, pp. 731 e ss.

([121]) MIREILLE VAN EECHOUD, *Choice of Law in Copyright and Related Rights, Alternatives to the Lex Protectionis* (Kluwer Law International, 2003). Para uma perspec-

b. A jurisprudência (harmonização negativa)

Pode discutir-se se o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no desempenho das suas funções, actua de forma *ultra vires* (activismo judicial) ou se faz apenas uma (legítima) interpretação teleológica([122]). O que é indubitável é que, por vezes, a sua intervenção é algo inesperada ou até mesmo revolucionária. É que, ao contrário das directivas, que resultam de compromissos políticos, a acção do Tribunal não está limitada pelos "sentimentos" dos Estados-Membros, podendo por isso forçar a harmonização, aventurando-se em campos onde não foi possível atingir um acordo([123]). De outra forma, o Tribunal parece forçar certos desequilíbrios para promover a harmonização([124]).

De um modo geral, o Tribunal pode ser chamado a pronunciar-se sobre um acto legislativo europeu, quanto à sua validade (recurso de anulação, nos termos do art. 263.º TFUE), quanto à sua interpretação (reenvio prejudicial, nos termos do art. 267.º TFUE([125]) ou

---

tiva mais geral veja-se DÁRIO MOURA VICENTE, *La propriété intellectuelle en droit international privé* (Brill, 2009) e JAMES FAWCETT & PAULTORREMANS, *IntellectualProperty and Private International Law* (2.nd edn, OUP 2011).

([122]) SOFIA OLIVEIRA PAIS, 'O Tratado de Lisboa e o quadro institucional da União Europeia' in Sofia Oliveira Pais, *Estudos de Direito da União Europeia* (Almedina, 2012) pp. 58-60. Para uma avaliação metodológica do comportamento do tribunal no domínio dos direitos de autor, cf. MATTHIAS LEISTNER, 'Der europäisches Werkbegriff'' [2013] ZGE, pp. 6 e ss.

([123]) Sobre o papel primacial dos tribunais nacionais no desenvolvimento de um direito de autor europeu, cf. MATTHIAS LEISTNER, 'Die Methodik des EuGH und die Garantenfunktion der nationalen Gerichten bei der Fortentwicklung des europäischen Urheberrechts' disponível em <http://www.jura.uni-bonn.de/index.php?id=6497> consultado a 10 de Janeiro de 2013. Sobre o papel do TJUE veja-se THOMAS DREIER, 'The Role of the ECJ for the Development of Copyright in the European Communities' 54, Journal of the Copyright Society U.S.A. (2006), pp. 183 e ss. e HANNS ULRICH, 'Die Entwicklungeines Systems des gewerblichen Rechts schutzes inder Europäischen Union: Die Rolle des Gerichtshofs' in P Behrens (ed.), *Ökonomische Analyse des Europarechts* (Mohr Siebeck, 2012), pp. 147-200.

([124]) Sobre a relação entre as regras de reciprocidade material e a regra de não discriminação como um exemplo deste tipo de intervenção, cf. NUNO SOUSA E SILVA, 'Cidadania Europeia e Propriedade Intelectual — Os Estados e as Pessoas' in Sofia Oliveira Pais (coordenação), *Cidadania europeia: valores, direitos e oportunidades* (Quid Juris, 2014) (no prelo).

([125]) Este também pode ser referente à compatibilidade de um instrumento de direito nacional com o direito europeu. Sobre a figura veja-se MORTEN BROBERG & NIELS FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice* (OUP 2010).

recurso de uma decisão do Tribunal Geral, *ex vi* art. 256.º TFUE) ou mesmo quanto ao cumprimento de normas de direito europeu por parte dos Estados-Membros (acção de incumprimento, nos termos do arts. 258.º a 260.º TFUE).

***i*)** *A interacção inicial*

A interacção inicial do Tribunal com os direitos de autor([126]) ocorreu com base nas normas do Tratado, especificamente liberdades económicas, direito da concorrência e o princípio da não discriminação([127]).

Em 1971, no primeiro caso em que o Tribunal foi confrontado com o direito de autor, discutiu-se o seu efeito restritivo sobre a liberdade de circulação de mercadorias([128]). Foi então decidido que os direitos de autor estavam abrangidos pela excepção do art. 36.º TFUE([129]). Desta interacção resultou a noção de esgotamento em matéria de direitos de autor([130]).

No âmbito do direito da concorrência, a Comissão e o TJUE lidaram sobretudo com sociedades de gestão colectiva, tanto nas suas relações recíprocas, como nas suas relações com autores e utilizadores([131]) e com situações de recusa de fornecimento([132]).

([126]) Utilizado aqui em sentido amplo, incluindo direitos conexos.

([127]) As repercussões de cada um destes aspectos são de elevada complexidade e relevância. Para o nosso propósito é-lhes feita apenas uma referência muito sumária.

([128]) Caso 78-70 *Deutsche Grammophon*.

([129]) Esta abordagem foi sendo desenvolvida e concretizada nos casos 62/79 *Coditel* e 55/80 e 57/80 *Musik-Vertrieb.*

([130]) Descrito por Thomas Dreier, 'The Role… *ob. cit.*, pp. 192 e ss.

([131]) Veja-se Josef Drexl, 'Collecting societies and competition law' disponível em <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/drexl_-_crmos_and_competition.pdf> consultado a 17 de Janeiro e Ernst-Joachim Mestmäcker, 'Collecting Societies' in Claus Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law* (Hart Publishing, 2007).

([132]) Especialmente nos casos C-241/91 P and C-242/91 P *Magill*, C-418/01 *IMS Health.* Para uma perspectiva geral, cf. Valerie Laure Benabou, 'European Competition Law and Copyright: Where do we Stand? Where do we go?' in Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook…*, *ob. cit.*, pp. 543 e ss. e, ainda mais geral, Steven Anderman & Hedvig Schmidt, *EU Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation* (OUP 2011).

A regra da não discriminação em função da nacionalidade (actual art. 18.º TFUE), impediu a aplicação das excepções ao princípio do tratamento nacional constantes do direito internacional de autor([133]). A primeira decisão que aplicou o princípio aos direitos de autor foi o caso C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins*([134]).

***ii*)** *Em face das directivas*

A partir do momento em que há directivas para transpor aumenta a possibilidade de incumprimento, seja porque estas não foram transpostas ou porque foram mal transpostas. Assim, a Irlanda foi condenada por não ter cumprido o prazo de transposição da directiva sobre bases de dados([135]). Já Portugal, Espanha, Irlanda e Itália foram condenados por ter feito uma transposição errada da directiva relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos, consagrando mais excepções do que aquelas que seriam admissíveis([136]).

Um outro aspecto mais relevante é a circunstância de existirem agora instrumentos normativos com noções para interpretar e analisar. Assim, como sublinha THOMAS DREIER([137]) ocorre uma gradual transição para a interpretação de normas secundárias, focando-se, como é natural, nos aspectos que mais dúvidas despertam. Efectivamente, os reenvios prejudiciais multiplicam-se e têm vindo a contribuir em muito para o desenvolvimento do sistema europeu de direitos de autor.

Uma das "técnicas" mais comuns utilizada pelo TJUE para aprofundar a harmonização consiste em, no contexto de um reenvio prejudicial, interpretar um conceito que foi (intencionalmente

---

([133]) Para mais detalhes veja-se NUNO SOUSA E SILVA, Cidadania Europeia e Propriedade Intelectual…, *ob. cit.*

([134]) Seguiram-se outros casos relevantes como C-360/00 *Ricordi*o C-28/04 *Tod's*.

([135]) C-370/99 *Comissão contra Irlanda*.

([136]) C-53/05 *Comissão contra Portugal* e C-61/05 *Comissão contra Portugal*; C-36/05 *Comissão contra Espanha*; C-175/05 *Comissão contra Irlanda*; C-198/05 *Comissão contra Itália*. Para uma lista completa de acções de incumprimento em relação a direitos de autor consulte-se <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/infringements/index_en.htm>.

([137]) 'The Role…, *ob. cit.*, p. 194.

ou não) deixado por definir ou, reformular as perguntas formuladas pelas instâncias nacionais. Uma afirmação como "decorre das exigências da aplicação uniforme do direito comunitário e do princípio da igualdade que os termos de uma disposição de direito comunitário que (…) não contenha qualquer remissão expressa para o direito dos Estados-Membros para determinar o seu sentido e alcance devem normalmente encontrar, em toda a Comunidade, uma interpretação autónoma e uniforme…" serve como justificativo da interpretação([138]). Um dos aspectos em que, empregando esta técnica, o TJUE se revelou mais revolucionário foi em relação ao conceito de obra, explorado *infra*.

c. Unificação?

Como escreveu o Advogado-Geral Niilo Jääskinen([139]): "Os direitos de autor na União, a exemplo do que acontece em qualquer outra parte, continuam a ser em grande medida uma criação do direito nacional. Actualmente coexiste no mundo um conjunto de provavelmente mais de 150 regulamentações territoriais de direitos de autor de origem nacional ou regional (…). A harmonização dos direitos de autor na União tem sido um processo misto de harmonização total e parcial."

De facto, o princípio da territorialidade (um direito de autor por cada Estado-Membro) é apontado como a "última fronteira" para a harmonização([140]). À semelhança do que foi feito noutras áreas da propriedade intelectual (como marcas, desenhos ou modelos ou variedades de plantas)([141]) vem-se discutindo a possibilidade de criar um título único de direito de autor europeu([142]).

O art. 118.º TFUE dispõe que: "No âmbito do estabelecimento ou do funcionamento do mercado interno, o Parlamento

---

([138]) A fórmula é encontrada v.g. no caso de 1984 327/82 *Ekro*.

([139]) Opinião no caso C-5/11 *TitusDönner*. §24 e 25.

([140]) Mireille van Echod, *et al.*, *Harmonizing European Copyright Law* (Wolters Kluwer, 2009), pp. 307 e ss.

([141]) Para mais indicações, cf. Annette Kur & Thomas Dreier, *European Intellectual Property Law* (EE 2013).

([142]) Cf. as contribuições em Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification of European Copyright Law* (Kluwer Law International, 2012), pp. 339-379.

Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as medidas relativas à criação de títulos europeus, a fim de assegurar uma protecção uniforme dos direitos de propriedade intelectual na União, e à instituição de regimes de autorização, de coordenação e de controlo centralizados ao nível da União". Procurando estimular o debate, um grupo de especialistas europeus (Wittem Group) apresentou, em 2010, um projecto de código europeu de direitos de autor([143]).

Parece-me, no entanto, que ainda não se encontram reunidas as condições para que um tal regulamento (ou cooperação reforçada) veja a luz do dia([144]).

4. O actual sistema de direitos de autor europeu

Como vimos até agora, existe um considerável acervo de direito europeu nesta área. No entanto, ao contrário do que aconteceu noutros domínios da Propriedade Intelectual, a abordagem não é unitária e a harmonização está longe de ser total, o que leva a que se fale em "ilhas de harmonização", "fragmentação" ou mesmo de "uma manta de retalhos"([145]). Nesta secção procurarei completar a perspectiva do que se encontra realmente harmonizado. No entanto, não abordarei os direitos conexos. De igual modo e, devido quer à sua complexidade, quer ao seu carácter pouco harmonizado, a matéria dos limites e excepções será abordada muito sucintamente. Os dois aspectos que elegi como mais relevantes foram: o conceito de obra e a harmonização dos direitos económicos.

([143]) Disponível em <www.copyrightcode.eu>. Para uma análise crítica *vide* JANE GINSBURG, 'European Copyright Code — Back to First Principles (with Some Additional Detail)' (2011) Columbia Public Law Research Paper N.º 11-261. <http://ssrn.com/abstract=1747148>.

([144]) Para uma discussão, cf. TREVOR COOK & ESTELLE DERCLAYE, 'An EU Copyright Code: what and how, if ever?' [2011] IPQ, pp. 259-269.

([145]) MIREILLE VAN EECHOUD, *et al.*, *Harmonizing European Copyright Law* (Wolters Kluwer, 2009), p. 26, "The potential downside of piecemeal harmonization is of course is that the consistency of the legal framework becomes a concern, both at the level of the acquis and at the level of national systems of intellectual property rights."

a. Requisitos — O conceito europeu de obra

***i*)** *Originalidade*

Já se referiu que o conceito chave de aplicação do direito de autor, cuja concreta configuração exprime simultaneamente opções de política legislativa, difere grandemente nas tradições de *copyright* e de *droit d'auteur*. Efectivamente, existiam obras tradicionalmente protegidas pelo direito de autor inglês — como catálogos, horários ou listas de resultados (as chamadas obras factuais) — que já não seriam protegidas no direito de autor continental. De um modo geral, o direito de autor continental era mais restritivo no seu âmbito de aplicação.

α) O nascimento do conceito de originalidade europeu

Aquando da harmonização do direito de autor sobre programas de computador, foi necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre a concepção alemã (muito exigente)([146]) e a concepção inglesa (muito condescendente). A opção tomada foi a de consagrar como critério único de protecção para **programas de computador**, a originalidade, isto é, o facto de este ser "resultado da criação intelectual do autor"([147]). Este critério foi apresentado como um meio-termo entre as duas concepções: não seria exigível um nível de originalidade tão alto como o do direito alemão, nem tão baixo como no direito inglês([148]).

Quanto à protecção de obras factuais, como compilações e listas, havia uma grande divergência no seu tratamento([149]). Os ingleses protegiam-nas por via de direitos de autor, enquanto no direito continental esta matéria era tradicionalmente deixada para a concorrência desleal ou direitos conexos([150]). O compromisso a que se

---

([146]) É tradicionalmente referido o caso do BGH *Inkassoprogram* [1985] GRUR, pp. 1041 a 1047.

([147]) Art. 1.º (3) Directiva, cuja última frase reafirma "Não serão considerados quaisquer outros critérios para determinar a sua susceptibilidade de protecção."

([148]) ELEONORA ROSATI, *Originality..., ob. cit.,* p. 65.

([149]) Para uma perspectiva norte-americana veja-se a obra editada por ROBERT BRAUNEIS, *Intellectual Property Protection of Fact-based Works: Copyright and Its Alternatives* (EE, 2009).

([150]) O caso dos países escandinavos. Existia ainda a *gescrhiftbescherming* holandesa, protecção para escritos não originais.

chegou na directiva 96/9 relativa às **bases de dados** consistiu em consagrar o mesmo critério "intermédio" ("resultado da criação intelectual do autor") para a protecção dessas por direitos de autor([151]) e, simultaneamente, estabelecer um direito *sui generis* (na substância um direito conexo) sobre bases de dados, com uma função assumida de protecção do investimento([152]).

Relativamente à protecção de **fotografias** a solução consagrada na directiva 2006/116 relativa ao prazo de protecção dos direitos de autor, determinou que as fotografias podem gozar de protecção dos direitos de autor e/ou através de um outro mecanismo jurídico([153]). No entanto, estabeleceu-se que, para gozar de protecção por direitos de autor, as fotografias terão que ser originais, "na acepção de que são a criação intelectual do próprio autor"([154]).

As pequenas diferenças textuais na definição de originalidade de cada uma destas normas devem ser ignoradas, considerando-se idêntica a noção consagrada em todas elas([155]).

β) O acórdão *Infopaq* — a revolução

No acórdão *Infopaq*([156]) estavam em discussão as consequências em matéria de direitos de autor (especificamente do direito de

---

([151]) Art. 3.º (1) "criação intelectual específica do respectivo autor". Mais tarde o TJUE afirmou no caso C-604/10 *FootballDataco* § 45: "…o art. 3.º, n.º 1, da Directiva 96/9 deve ser interpretado no sentido de que uma «base de dados», na acepção do art. 1.º, n.º 2, desta directiva, é protegida pelo direito de autor nela previsto desde que a selecção ou a disposição dos dados que contém constitua uma expressão original da liberdade criativa do seu autor…"

([152]) Sobre a directiva, cf. MATTHIAS LEISTNER, *Der Rechtsschutz von Datenbaken im deutschen und europäischen Recht* (C.H. Beck 2000). Entretanto o TJUE, na interpretação que fez do direito *sui generis* frustrou as intenções dos ingleses ao declarar que listas de resultados desportivos não se encontram protegidas (v.g. no caso C-203/02 *BHB v William Hill*). Sobre este aspecto, cf. MARK DAVIDSON & BERNT HUGENHOLTZ, 'Football fixtures, horse races and spin-offs: the ECJ domesticates the database right' [2005] EIPR, pp. 113 e ss.

([153]) Sobre a situação anterior à directiva, cf. YSOLDE GENDREAU, *et al.*, *Copyright and Photographs: An International Survey* (Kluwer Law International, 1999).

([154]) Art. 6.º.

([155]) CHRISTIAN HANDIG, *ob. cit.*, p. 670.

([156]) C-5/08. A este caso seguiu-se outro, C-302/10 referido como *Infopaq II*.

reprodução) de *clipping*, isto é a disponibilização de breves excertos de texto (tipicamente onze palavras: o termo chave mais as cinco palavras antecedentes e as cinco seguintes), por um serviço de agregação de notícias, equivalente ao *Google news*([157]).

Começando por afirmar que, para que esse acto constituísse violação do direito de reprodução, seria necessário que a sequência em questão (as 11 palavras) fosse original, o TJUE partiu para considerações de teor verdadeiramente revolucionário: "…o direito de autor na acepção do art. 2.º, alínea *a*), da Directiva 2001/29 só é susceptível de se aplicar em relação a um objecto que seja original, na acepção de que é uma criação intelectual do próprio autor"([158]). Discutindo as obras em questão (artigos de jornal), prosseguiu afirmando "Quanto aos elementos destas obras sobre os quais incide a protecção, importa salientar que estas são compostas por palavras que, consideradas isoladamente, não são enquanto tais uma criação intelectual do autor que as utiliza. É apenas através da escolha, da disposição e da combinação destas palavras que é permitido ao autor exprimir o seu espírito criador de modo original e chegar a um resultado que constitui uma criação intelectual"([159]). E concluiu: "Atendendo a estas considerações, a reprodução de um excerto de uma obra protegida que, como os que estão em causa no processo principal, compreende onze palavras consecutivas desta é susceptível de constituir uma reprodução parcial, na acepção do art. 2.º da Directiva 2001/29, se — o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar — esse excerto contém um elemento da obra que, enquanto tal, exprime a criação intelectual do próprio autor"([160]).

Com efeito, o TJUE associou o critério de originalidade europeu, restrito a algumas obras, ao direito de exclusivo de reprodução, estabelecido na directiva 2001/29 de carácter horizontal

---

([157]) Esta prática tem gerado uma enorme controvérsia a nível europeu e levou já a que se aprovasse, na Alemanha, um novo direito conexo sobre conteúdo noticioso (§ 87*f* a § 87*h* UrhG), através da *"lex Google"*. Este serviço dinamarquês, discutido no caso *Infopaq*, funcionava por email, mas os princípios básicos são os mesmos.

([158]) C-5/08 *Infopaq* § 37.

([159]) *Ibid.*, § 45.

([160]) *Ibid.*, § 48.

(cobrindo toda a categoria de obras) para estabelecer esse critério "criação intelectual do autor" como um critério geral, válido para todas as obras. E foi apontando que, para determinar se algo constitui criação intelectual, é necessária uma operação de escolha, disposição ou combinação que permita ao autor exprimir o seu espírito criador.

As reacções a este acórdão foram variadas. Como escreve ESTELLE DERCLAYE([161]). "This is quite revolutionary and can be shocking (if not choking) for most British practitioners and perhaps also most British academics. But does it change much in practice? The vast majority of musical and dramatic works will be creative, so for these, Infopaq does not change much"([162]). Mas o que acontece é que, como a mesma autora reconhece, a decisão adopta, a nível europeu e geral, o critério de criatividade (originalidade em sentido subjectivo) para determinar se uma obra merece protecção([163]).

χ) A confirmação

No acórdão *Bezpečnostní softwarová associasse (BSA)*([164]) de 2011, o TJUE foi confrontando com a questão de saber se uma interface gráfica (*Graphic User Interface* (GUI)) poderia ser protegida por via de direitos de autor. Tendo negado a protecção por via do direito de autor "especial" para programas de computador (§ 42) o Tribunal afirmou que a protecção por via do direito de autor "comum" poderia ser concedida desde que esta obra fosse original, no sentido em que constituísse criação do seu autor([165]). Referindo-se em seguida à determinação da originalidade afirmou

---

([161]) 'Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening (C-5/08): wonderful or worrisome? The impact of the ECJ ruling in Infopaq on UK copyright law' [2010] EIPR, p. 249.

([162]) "Isto é bastante revolucionário e pode ser chocante (ou até asfixiante) para a maior parte dos práticos britânicos e talvez também para a maior parte dos académicos. Mas muda muito na prática? A grande maioria das obras musicais e dramáticas será criativa, e para estas, o *Infopaq* não muda muito".

([163]) *Ob. cit.*, p. 248 e, novamente na p. 249 ("… artistic works now clearly need to be creative in order to be protected.").

([164]) C-393/09.

([165]) C-393/09, §44 a 46 (citando *Infopaq*).

que "este critério não pode ser preenchido pelos componentes da interface gráfica do utilizador que se caracterizam unicamente pela sua função técnica"([166]) visto que "quando a expressão dos referidos componentes resulta da sua função técnica, o critério da originalidade não se encontra preenchido, porque as diferentes formas de executar uma ideia são tão limitadas que a ideia e a expressão se confundem"([167]) e "Numa situação como esta, os componentes da interface gráfica do utilizador não permitem ao autor exprimir o seu espírito criador de modo original e chegar a um resultado que constitua uma criação intelectual desse autor"([168]).

Os acórdãos que se seguiram, como C-403/08 e C-429/08 *Murphy*, C-604/10 *Football Dataco* e C-406/10 *SAS Institute* confirmaram e aprofundaram esta abordagem.

δ) Qual o alcance da harmonização?

No acórdão *Flos*([169]), em que se discutiam disposições transitórias do direito de autor italiano relativo a obras de arte aplicada *(design)* o TJUE afirmou: "…não se pode excluir que a protecção dos direitos de autor de obras que possam constituir desenhos ou modelos não registados possa resultar de outras directivas em matéria de direitos de autor, designadamente da Directiva 2001/29, na medida em que as condições em que esta se aplica estejam preenchidas…"([170]).

Na verdade, é discutível se, apesar de a jurisprudência europeia ter acolhido de forma geral o critério de "criação intelectual do seu autor", podem ser exigidos critérios adicionais ou um grau de exigência maior para protecção de obras que não sejam fotografias, bases de dados ou programas de computador([171]). Recente-

---

([166]) *Ibid.*, §48

([167]) *Ibid.*, §49. Isto consubstancia a já mencionada *merger doctrine*.

([168]) §50.

([169]) C-168/09. Para um comentário extenso e crítico veja-se LIONEL BENTLY, 'Thereturnof industrial copyright' [2012] EIPR, pp. 654 e ss.

([170]) *Ibid.*, §34.

([171]) É claro que, como demonstram magistralmente STEF VAN GOMPEL & ERLEND LAVIK, *ob. cit.*, há sempre considerações para além da originalidade mesmo quanto a essas obras. Do que se trata de saber é se pode ou não haver um tratamento diferenciado de

mente o Supremo Tribunal Alemão, no domínio da arte aplicada, afirmou que tais exigências adicionais eram admissíveis e que nem o acórdão *Flos*, nem o restante corpo de jurisprudência em matéria de originalidade, o impediam([172]). Esta também parece ser a opinião de ESTELLE DERCLAYE([173]) e MATTHIAS LEISTNER([174]).

No entanto, há quem entenda o contrário. MIREILLE VAN EECHOUD([175]) escreve que tal posição não lhe parece sustentável em relação a obras em geral, embora seja mais discutível no domínio da arte aplicada([176]). Também ELEONORA ROSATI([177]) defende que o TJUE efectuou uma harmonização horizontal total. No domínio da arte aplicada, o Supremo Tribunal holandês *(Hoge Raad)* entendeu que o acórdão *Flos* havia deixado claro que não havia lugar à aplicação de critérios adicionais (valendo apenas o *standard Infopaq*); de tal forma que se recusou a proceder a um reenvio prejudicial([178]).

ε) O actual significado da noção de originalidade

Do que vimos parece resultar que a originalidade — conceito autónomo de direito europeu — requer **escolhas criativas livres**

---

obras, exigindo-se v.g. mérito artístico ou um elevado grau de originalidade para obras que não sejam fotografias, bases de dados e programas de computador. Esta discussão é particularmente importante no domínio da arte aplicada *(design)*. Outra discussão de que dá nota ELEONORA ROSATI, *Originality..., ob. cit.*, pp. 67-8 é saber se o critério adoptado para obras fotográficas não é mais exigente do que o referente a *software* e bases de dados.

([172]) ZR 143/12 *Geburtstagszug* [rn 31].

([173]) *Ob. cit.*, p. 250.

([174]) 'Der europäische Werkbegriff', *ob. cit.*, p. 36 (o autor defendia o abandono da distinção por outros motivos, tendo sido seguido pelo BGH).

([175]) 'Along the Road to Uniformity — Diverse Readings of the Court of Justice Judgments on Copyright Work' [2012], JIPITEC, p. 69.

([176]) Em face do art. 17.º da Directiva 98/71 relativa à protecção dos desenhos ou modelos, que dispõe "Qualquer desenho ou modelo protegido por um registo num Estado-Membro de acordo com a presente directiva beneficia igualmente da protecção conferida pelo direito de autor desse Estado a partir da data em que o desenho ou modelo foi criado ou definido sob qualquer forma. Cada Estado-Membro determinará o âmbito dessa protecção e as condições em que é conferida, incluindo o grau de originalidade exigido."

([177]) *Origality..., ob. cit.*, p. 123.

([178]) Decisão de 25 de Outubro de 2013, disponível em <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2013:60> (citando já decisão anterior no mesmo sentido, de 22 de Fevereiro de 2013, nos seus pontos 4.26 a 4.28).

capazes de **exprimir o espírito de um autor**. É disto particularmente ilustrativo o que o TJUE disse acerca da originalidade de fotografias([179]): "há que observar que o autor poderá efectuar as suas escolhas livres e criativas, de diversas maneiras e em diferentes momentos da sua realização. No estádio da fase preparatória, o autor poderá escolher o pano de fundo, a pose da pessoa a fotografar ou a iluminação. No momento em que tira o retrato fotográfico, poderá escolher o enquadramento, o ângulo de que deve ser tirado ou ainda a atmosfera criada. Por último, durante a revelação, o autor poderá escolher a técnica que deseja adoptar de entre as diversas existentes, ou ainda, se for caso disso, utilizar aplicações informáticas. Através dessas diferentes escolhas, o autor de um retrato fotográfico pode, assim, imprimir o seu «toque pessoal» à obra criada." Também por isso afirmou, noutro caso([180]) que "os eventos desportivos não podem ser considerados como criações intelectuais qualificáveis como obras na acepção da directiva direitos de autor. O mesmo vale, em especial, para os jogos de futebol, enquadrados por regras que não deixam margem para uma liberdade criativa, na acepção do direito de autor."

De um modo geral parece poder dizer-se que tem que existir um grau de liberdade para que um autor possa exercer o seu arbítrio, fazendo escolhas criativas que confiram a uma obra o seu toque pessoal([181]). No acórdão *SAS Institute*([182]) o TJUE confirmou esta ideia ao dizer: "É apenas através da escolha, da disposição e da combinação destas palavras, destes números ou destes conceitos matemáticos que é permitido ao autor exprimir o seu espírito criador de modo original e chegar a um resultado, o manual de utilização do programa de computador, que constitui uma criação intelectual."

Em face disto cumpre perguntar a que nível (em que grau) de exigência é que se fixou o critério europeu de originalidade?

([179]) C-145/10 *Painer* § 90 a 92.

([180]) C-403/08 e C-429/08 *Murphy* § 98.

([181]) MATTHIAS LEISTNER, 'Der europäischeWerkbegriff', *cit.*, p. 23; ELEONORA ROSATI, *Originality…, cit.*, p. 187.

([182]) C-406/10 § 67.

LUCAS & LUCAS([183]) acreditam que a concepção francesa é apenas marginalmente afectada. ANDREAS RAHMATIAN([184]) escreve ser provável que o TJUE tenha aumentado o nível de exigência do direito de autor inglês mas que o critério vigente é camaleónico e não um critério de *droit d'auteur* como outros pretendem([185]). AXEL NORDEMANN([186]) defende que ocorreu uma diminuição do nível de exigência quando comparado com o tradicional critério alemão.

De facto, ao afirmar que 11 palavras *(Infopaq)* ou que um manual de utilização de um programa de computador *(SAS Institute)* podem ser protegidos por direitos de autor, o TJUE parece ter acolhido um critério pouco exigente em termos de originalidade.

***ii*)** *Categorias*

Ao sugerir no acórdão *BSA* que os GUIs deveriam ser protegidos por via de direitos de autor, o TJUE parece pôr em questão a legitimidade da técnica de categorias existente no direito de autor britânico, irlandês, cipriota e maltês([187]).

MIREILLE VAN EECHOUD([188]) fala em três possíveis leituras (por ordem crescente de impacto) do conjunto de decisões do tribunal: "A primeira é que o Tribunal de Justiça reconhece que podem subsistir direitos de autor em obras muito curtas. A segunda é que o TJ interpretou o direito europeu como contendo uma noção autónoma de originalidade para obras jusautorais. A terceira é que o Tribunal não estabeleceu apenas o *standard* de originalidade mas também o objecto de protecção como um conceito aberto abrangendo qualquer espécie de criação."

A perspectiva que acolho é que, independentemente do verdadeiro estado actual da lei será a terceira leitura que o TJUE irá fazer nas suas futuras decisões. Assim, a noção europeia de obra

---

([183]) *Traité*…, *ob. cit.*, p. 135.

([184]) 'Originality in UK…', *ob. cit.*, p. 15.

([185]) *Ibid.*, p. 18. No mesmo sentido, CHRISTIAN HANDIG, *ob. cit.*, pp. 671-2.

([186]) In FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht* (10.ª ed. 2008), § 2 UrhGrn 150.

([187]) LIONEL BENTLY, <http://ipkitten.blogspot.pt/2011/01/lionel-bezpecnostni-soft warova-asociace.html> consultado a 14 de Janeiro de 2014.; TATIANA-ELENI SYNODINOU, 'The Foundations…', *ob. cit.*, p. 107. Também ELEONORA ROSATI, *Originality*…, *ob. cit.*, p. 187.

([188]) 'Along the Road…', *ob. cit.*, p. 68.

deverá ser configurada nos termos não taxativos do direito continental([189]).

***iii*)** *Fixação*

Até agora, as decisões proferidas pelo TJUE não abordaram a questão da fixação. E, em bom rigor, este critério só tem verdadeira relevância em relação a um conjunto limitado de obras, sendo que quase tudo o que seja digital está, por natureza, fixado. Mesmo assim, é de esperar que a harmonização do conceito de obra exclua o requisito de fixação([190]).

b. Titularidade e gestão colectiva (menção)

A questão da titularidade de direitos e autor, especificamente a titularidade originária de obras por pessoas colectivas é um dos aspectos mais divergentes entre as duas tradições presentes na UE. Intimamente relacionados com este assunto estão a possibilidade e a regulação dos contratos de transferência de direitos de autor e ainda dos contratos de licença.

Apesar destas sensibilidades e diferenças, o legislador europeu tratou da titularidade de programas de computador no art. 2.º da directiva relativa a programas de computador. A única disposição com real conteúdo harmonizador é o n.º 3 visto que o n.º 1 e o n.º 2 remetem para o direito nacional. O que o n.º 3 dispõe é "Quando um programa de computador for criado por um trabalhador por conta de outrem, no exercício das suas funções ou por indicação do seu empregador, só o empregador ficará habilitado a exercer todos os direitos de natureza económica relativos ao programa assim criado, salvo disposição contratual em contrário"([191]).

([189]) Defende-o *de iure constituendo* TATIANA-ELENI SYNODINOU, 'The Foundations…', *ob. cit.*, p. 109; *de iure constituto* afirma-o MATTHIAS LEISTNER, 'Der europäische Werkbegriff', *ob. cit.*, pp. 11 e 12.

([190]) TATIANA-ELENI SYNODINOU, 'The Foundations…', *ob. cit.*, p. 111; ANTOINE LATREILLE, *ob. cit.*, p. 146.

([191]) Sobre a interpretação do que acontece em relação aos direitos morais, cf. ANTOON QUAEDVLIEG, 'Authorship and Ownership: Authors, Entrepeneurs and Rights' in T-E Synodinou (ed), Codification of European Copyright Law (Kluwer Law, 2012), pp. 209-211.

Mesmo assim, as soluções nacionais de transposição foram distintas. Os alemães estabeleceram uma licença exclusiva (§ 69 UrhG), enquanto que os portugueses consagraram uma presunção de transferência (art. 3.º (3) do DL 252/94, de 20 de Outubro).

A directiva sobre bases de dados, no seu art. 4.º, refere o assunto mas deixa a determinação a cargo do direito nacional, não contendo uma disposição equivalente ao art. 2.º (3) da directiva sobre programas de computador.

Adicionalmente, em matéria de direitos conexos harmonizou-se parcialmente a titularidade em relação a obras cinematográficas([192]).

Até agora, pese embora não haja verdadeira harmonização, o legislador europeu parece inclinar-se para a concepção continental([193]).

Quanto a sociedades colectivas, tem havido intervenção reguladora por parte da Comissão e do TJUE com base no direito da concorrência([194]) encontrando-se pendente uma proposta de directiva([195]).

c. Conteúdo (direitos económicos)

O direito de autor é composto por um conjunto amplo de faculdades de carácter negativo([196]). O seu titular pode proibir a utilização da obra quando esta afecte os seus interesses económicos ou morais, desde que haja um fundamento jurídico (um direito de exclusivo) para isso([197]). Como vimos, este último aspecto (direitos morais) não foi abordado pela harmonização europeia e por isso não será aqui abordado. Quanto aos direitos económicos, o

---

([192]) Outro aspecto relacionado e intocado é o tratamento de obras como óperas (música com letra). Devem ser entendidas como uma única obra ou com um conjunto? (CHRISTIAN HANDIG, *ob. cit.*, p. 672).

([193]) ANTOON QUAEDVLIEG, 'Authorship and Ownership…', *ob. cit.*, p. 215.

([194]) Para mais detalhes, cf. *supra* nota 131.

([195]) Cf. *supra* notas 111.

([196]) Outra perspectiva consiste em ver o direito de autor como um exclusivo reservado a favor do seu autor (só o autor pode praticar determinada classe de actos). No entanto, isso poderia fazer passar a ideia (errada) de que se confere um direito positivo à prática desses actos.

([197]) Uma possibilidade intermédia é ser-lhe atribuído um direito de remuneração. Pese embora não possa impedir um certo uso, o autor terá o direito a ser remunerado por esse uso.

legislador europeu teve uma intervenção determinante, estabelecendo alguns direitos essenciais, principalmente na directiva Infosoc. Como esta harmonização foi feita por meio de directivas, o seu modo de transposição não é uniforme([198]). De um modo geral, o legislador europeu declarou que estes direitos devem ser entendidos de forma ampla([199]).

***i*)** *Direito de reprodução*

O direito de reprodução é a base essencial do direito de autor([200]). Trata-se do direito de proibir a cópia "por qualquer espécie ou forma, no todo ou em parte." A directiva Infosoc define-o, em termos semelhantes ao art. 9.º (1) da Convenção de Berna, no seu art. 2.º, como "o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, directas ou indirectas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte".

Ao contrário de outros direitos de propriedade intelectual, cujo carácter se diz objectivo, os direitos de autor requerem, para que se reconheça a sua violação, a **cópia**, daí que se afirme o seu carácter subjectivo. De um modo geral, para provar a cópia segue-se um raciocínio assente em dois factores: semelhança e acesso à obra. Quando se prove acesso à obra, serão menores as exigências probatórias quanto à semelhança. Por outro lado, quanto maiores forem as semelhanças, menor necessidade haverá de provar acesso à obra([201]).

A cópia pode ser literal *(verbatim)* ou não literal. A primeira reproduz a obra ou parte substancial desta, "palavra por palavra", "nota por nota", "traço por traço". Neste caso, salvo coincidência

---

([198]) Para um relato exaustivo das transposições da directiva Infosoc, cf. GUIDO WESTKAMP, 'The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, Part II' disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf>.

([199]) Considerando 21 (relativo ao direito de reprodução) e 23 da Directiva Infosoc (relativo ao direito de comunicação ao público).

([200]) Assim, ANSGAR OHLY, 'Economic Rights' in Estelle Derclaye (ed), *Research Handbook on the Future of EU Copyright* (EE, 2009), p. 213.

([201]) Como afirmam, PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, *ob. cit.*, 299, este teste é universalmente aplicado.

criativa([202]) ocorrerá violação de direitos de autor. Já a cópia não literal refere-se à utilização indevida de elementos protegidos de uma obra sem, no entanto, a reproduzir totalmente([203]). O direito de autor, como vimos, protege a expressão e não a ideia que lhe subjaz([204]). Assim, a cópia de elementos que sejam comuns num dado estilo ou que consubstanciem ideias (como por exemplo a história básica que subjaz a um romance) não implica violação de direitos de autor. Deste modo, a construção de um desenho (reprodução tridimensional de uma obra bidimensional) normalmente é entendida como cópia não-literal([205]) mas já não constitui violação de direitos de autor sobre uma receita o facto de esta ser cozinhada([206]).

A informática em geral e a Internet em particular constituem tecnologias baseadas na cópia. Na operação de um programa de computador ou da internet efectuam-se inúmeras cópias necessárias ao respectivo funcionamento. A opção feita pelo legislador europeu foi definir o direito de exclusivo de forma muito ampla, cobrindo igualmente as chamadas cópias temporárias que intervêm nestes processos tecnológicos, e consagrar, de forma imperativa, uma excepção([207]). No entanto, há uma série de aspectos, como hiperligações([208]) *clipping*([209]) e *framing*([210]) cuja abrangência pelo

---

([202]) Veja-se *supra* nota 38.

([203]) Para uma análise dos testes empregues pela jurisprudência norte-americana, veja-se PAMELA SAMUELSON, 'A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyright Infringement' 107, Northwestern Law Review (2013), pp. 1821 e ss.

([204]) *Supra* 2.*b*) *iv*).

([205]) No recente caso *Geburtstagzug* BGH fez a distinção consoante a categoria de obra. Seria assim quanto às obras de arte aplicada (§2(4) UrhG) e já não quanto aos desenhos técnicos (§2(7) UrhG). Esta distinção consta expressamente da lei inglesa.

([206]) ANSGAR OHLY, 'Economic Rights', *ob. cit.*, p. 218.

([207]) Art. 5.º (1) Directiva InfoSoc.

([208]) No reenvio C-466/12 *Svensson* TJUE terá que responder à questão: "Quando alguém que não seja titular do direito de autor sobre uma determinada obra disponibiliza uma ligação clicável para a obra na sua página Internet, verifica-se uma comunicação da obra ao público?" O reenvio C-279/13 *Cmore* contem essencialmente a mesma pergunta.

([209]) Parece ter sido afirmativa a resposta no caso *Infopaq*

([210]) Está igualmente pendente o reenvio prejudicial C-348/13 *BestWater* em que se pergunta: "Pode a inserção, numa página Internet própria, de uma obra de um terceiro (…) ser considerada uma comunicação ao público (…) mesmo que a obra do terceiro em causa não seja desse modo comunicada a um público novo e a comunicação não seja feita empregando um modo técnico específico diferente do da comunicação de origem?"

direito de reprodução ou, sobretudo, comunicação ao público, ainda é muito debatida.

O direito de reprodução é violado quando uma parte da obra, que por si só é capaz de gozar de protecção jusautoral, é reproduzida. Isto é um ponto importante, por exemplo quando se discute *remix* e *sampling*(211).

***ii*)** *Direito de comunicação ao público*

Com base no estabelecido nos tratados WIPO de 1996, o art. 3.º da directiva InfoSoc estabelece o (um) direito de comunicação ao público, definido como "o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido"(212). Assim, a comunicação ao público de uma obra, seja um programa de televisão(213) uma música ou uma pintura poderá constituir uma violação de direitos de autor. De igual forma, a colocação de obras para *download* num *site* ou a utilização de redes *p2p* integra o conceito de comunicação ao público(214). Trata-se de um direito definido de forma muito ampla,

---

(211) Para uma análise comparativa tendo em conta jurisprudência norte-americana e alemã, cf. TRACY REILY, 'Good Fences Make Good Neighboring Rights: The German Federal Supreme Court Rules on the Digital Sampling of Sound Recordings in "Metall auf Metall"' 13, Minnesota Journal of Law Science & Technology (2012), pp. 153 e ss.

(212) Sobre as várias configurações deste direito a nível internacional e europeu, cf. LÍGIA GUTIERREZ SETÚBAL, 'Stirring Up 'Communication to the Public' — An Analysis of the (In)Consistencies of the CJEU's Criteria Mirroring International and European Law' disponível em <http://ssrn.com/abstract=2248690>, pp. 5 a 36. É ainda necessário ter em conta que, como explicam ALEX FREELOVE & JOEL SMITH, 'The dental surgery, the hotel bedroom and 'communication to the public'' [2012] JIPLP, p. 641, o TJEU entende que conceito de comunicação ao público consagrado no art. 8.º (2) da directiva do aluguer é compensatório por natureza enquanto que, aquele consagrado no art. 3.º (1) da Directiva InfoSoc é preventivo por natureza, existindo por isso possíveis diferenças.

(213) Sobre o recente (e escandalosamente errado) acórdão do STJ 15/2013, cf. NUNO SOUSA E SILVA, 'Communication to the public or "freedom to receive"? — A Portuguese bittersweet symphony' [2014] JIPLP (no prelo).

(214) Outra coisa é afirmar a sua ilegalidade, o que só pode ser feito após escrutinar a aplicabilidade de excepções, *máxime* a excepção de cópia privada. Cf. CHRISTOPHE GEIGER, 'Legal or Illegal? That is the Question! Private Copying and Downloading on the

instituído com vista a abranger novas realidades trazidas com a informática e a internet. Porém, e ao contrário do que se poderia pensar, o direito de comunicação ao público tal como definido na directiva não abrange a comunicação de uma obra feita quando o público está presente([215]).

Definir quando ocorre comunicação ao público é, no entanto, uma operação complexa, como aliás reconhece o TJUE([216]): "Para efeitos da referida apreciação, importa ter em conta vários critérios complementares, de natureza não autónoma e interdependentes entre si. Consequentemente, há que os aplicar individualmente assim como na sua interacção recíproca, sendo certo que, em diferentes situações concretas, podem estar presentes com uma intensidade muito variável"([217]).

α) A noção de público

É notoriamente difícil distinguir o que é que é o público([218]). Em face da lei norte-americana DANIEL CANTOR pergunta-se: quantas pessoas têm que aparecer num copo-de-água para que a reprodução de música constitua comunicação ao público?([219]). O TJUE definiu público como abrangendo um "número indeterminado de telespectadores potenciais"([220]). No fundo, "trata-se de tornar uma obra perceptível, de modo adequado, às pessoas em geral, por oposição a pessoas específicas pertencentes a um grupo privado"([221]).

Internet' [2008] IIC, pp. 597 e ss. Encontra-se pendente o reenvio prejudicial C-435/ /12 *ACI Adam* onde se discute precisamente se a excepção se aplica a cópias feitas de fontes ilegais (como é entendido v.g. na Holanda).

([215]) Considerando 23 da directiva InfoSoc e C-283/10 *Circul Globus Bucureşti* §41.

([216]) C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, § 79.

([217]) O que parece constituir mais um exemplo de aplicação do método móvel de WILBURG…

([218]) ANSGAR OHLY, 'Economic rights', *ob. cit.*, p. 226.

([219]) 'How Many Guests May Attend a Wedding Reception before ASCAP Shows up — Or, What Are the Limits of the Definition of Perform Publicly under 17 U.S.C. 101' 27 Columbia Journal of Law & Arts (2004), pp. 79 e ss.

([220]) C-306/05 *SGAE* §37 e 38. citando os casos C-89/04 *Mediakabel* § 30 (relativo à interpretação da Directiva 89/552/CEE sobre audiovisual) e C-192/04 *Lagardère* § 31 (interpretação da directiva 93/83).

([221]) C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, § 85.

Simultaneamente esclareceu que público terá que incluir um número significativo de pessoas (o chamado limiar *de minimis*)([222]), excluindo-se "um conjunto de pessoas demasiado pequeno ou mesmo insignificante"([223]). No entanto, na contagem deste número de pessoas é necessário considerar não só os acessos simultâneos como igualmente os acessos sucessivos([224]). Assim, ainda que uma determinada obra nunca seja apreciada simultaneamente por mais do que uma pessoa, pode ocorrer comunicação ao público.

β) O papel incontornável do utilizador

O TJUE parece ter estabelecido uma interpretação finalística de comunicação. Só pode comunicar aquele que quer comunicar. Neste sentindo, e reafirmando jurisprudência anterior, esclareceu([225]): "Com efeito, o utilizador efectua um acto de comunicação ao intervir, com pleno conhecimento das consequências do seu comportamento, para dar aos seus clientes acesso a uma emissão radiodifundida que contém a obra protegida. Se esta intervenção não se verificasse, estes clientes, embora se encontrem fisicamente no interior da zona de cobertura da referida emissão, não poderiam, em princípio, disfrutar da obra difundida." É claro que não se exige conhecimento por parte do utilizador das subtilezas do direito de autor a fim de se poder afirmar que há uma intenção de comunicar e consciência das consequências da sua acção. Aquilo que é relevante é a intervenção do utilizador no sentido de proporcionar comunicação da obra. Assim, distingue-se o caso dos vizinhos que podem ouvir a música tocada muito alto por um deles, do homem que instale colunas viradas para fora a fim de "dar música às pessoas". O primeiro não tem intuito de comunicar, mas o segundo já tem([226]).

([222]) V.g. C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*, § 33 e C--306/05 *SGAE* §38. Para uma análise aprofundada, cf. LÍGIA GUTIERREZ SETÚBAL, *ob. cit.,* pp. 47 a 75.

([223]) C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, § 86.

([224]) *Ibid.*, § 87.

([225]) C-135/10 *SCF v Marco del Corso*, §82 e C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited*, § 31.

([226]) LÍGIA GUTIERREZ SETÚBAL, *ob. cit.*, p. 44, fala de uma certa predisposição mental para o acto.

χ) A natureza da comunicação

De forma criativa e controversa o TJUE afirma igualmente que "o caráter lucrativo de uma comunicação ao público, na acepção do art. 3.º, n.º 1, da Diretiva 92/100, não é irrelevante"([227]). Mas do que se trata não é a natureza lucrativa da comunicação mas sim da actividade em que esta ocorre([228]). O que importa saber é se a comunicação ocorre no contexto da vida privada ou como parte de um negócio (v.g. como música ambiente num restaurante). No primeiro caso é menos provável tratar-se de uma comunicação ao público.

δ) Alguns exemplos jurisprudenciais

Em sede de reenvio prejudicial o TJUE considerou existir comunicação ao público na reprodução de fonogramas quer nas áreas comuns, quer nos quartos de um hotel([229]) e igualmente na mera disponibilização de cds e leitores aos hóspedes de um hotel([230]). Afirmou-o também no caso de radiodifusão (nomeadamente por via televisiva) de obras num *pub*([231]) e em sites de *streaming*([232]). No entanto, negou a existência de comunicação ao público no caso de reprodução de fonogramas como música ambiente no consultório de um dentista([233]).

Como vimos, estão pendentes questões relativas a saber se hiperligações e *framing* estão ou não abrangidas pelo direito de comunicação ao público([234]). Encontra-se igualmente pendente o caso C-351/12 *Ochrannýsvazautorský pro práva k dílůmhudebním, o.s. (OSA)* relativo à disseminação de obras numa estância termal([235]).

([227]) C-403/08 e C-429/08 *Murphy* § 204 e C-306/05 *SGAE* § 44.

([228]) LÍGIA GUTIERREZ SETÚBAL, *ob. cit.*, p. 75.

([229]) C-306/05 *SGAE*.

([230]) C-162/10, *Phonographic Performance (Ireland) Limited.*

([231]) C-403/08 e C-429/08 *Murphy,* §204.

([232]) C-607/11 *ITV Catchup*.

([233]) C-135/10 *SCF v Marco del Corso*.

([234]) *Supra* notas 208 e 210.

([235]) Neste caso discute-se aindaainda o possível efeito directo dessa disposição e a legitimidade do monopólio legal das sociedades de gestão colectiva em face do direito europeu da concorrência.

***iii*)** *Direito de distribuição*

Nas palavras de ANSGAR OHLY([236]) "o direito de distribuição é o direito de controlar a comercialização e circulação de exemplares físicos incorporando uma obra". O art. 4.º define-o como o direito dos autores em relação ao original ou suas respectivas cópias de "autorizar ou proibir qualquer forma de distribuição ao público através de venda ou de qualquer outro meio".É de realçar que o direito de distribuição só se refere a objectos **físicos**([237]).

O TJUE já esclareceu que este direito só se aplica quando esteja em causa uma transferência de propriedade desse objecto físico, não sendo abrangida a mera exibição ou utilização desse objecto (no caso uma cadeira desenhada por Le Corbusier) num espaço comercial([238]). No entanto, disse também que tendo em conta que "a distribuição ao público se caracteriza por uma série de operações que vão, pelo menos, da celebração de um contrato de venda à sua execução por meio da entrega a um elemento do público"([239]), "um comerciante é responsável por qualquer transacção realizada pelo próprio, ou por sua conta, que dê lugar a uma «distribuição ao público» num Estado-Membro onde os bens distribuídos estão protegidos por direitos de autor. Também lhe pode ser imputada qualquer operação da mesma natureza efectuada por um terceiro, quando tiver especificamente em vista o público do Estado de destino e não pudesse ignorar os actos desse terceiro"([240]). Encontra-se actualmente pendente um reenvio prejudi-

---

([236]) 'Economic Rights', *ob. cit.*, p. 219.

([237]) AGNÉS LUCAS SCHLOETTER, 'The Acquis Communautaire in the Area of Copyright and Related Rights: Economic Rights' in Tatiana-Eliana Synodinou (ed), *Codification…*, *ob. cit.*, p. 120.

([238]) C-456/06 *Cassina* § 36 "…apenas correspondem ao conceito de distribuição ao público, por qualquer outro meio diferente da venda, do original ou de uma cópia de uma obra, na acepção do art. 4.º, n.º 1, da Directiva 2001/29, os actos que implicam exclusivamente uma transferência de propriedade desse objecto." Este acórdão foi duramente criticado v.g. por GERNOT SCHULZE, 'Die Gebrauchs über lassung von Möbelimitaten — Besprechungzu BGH, *Le Corbusier-Möbel II*' [2009] GRUR, pp. 812 e ss.

([239]) C-5/11 *Titus Dönner* § 26.

([240]) *Ibid.*, § 27.

cial, perguntando se o direito de distribuição abrange a publicidade mesmo quando esta não leve à aquisição das cópias([241]).

Apesar do seu âmbito amplo, este direito está sujeito a uma importante excepção: o esgotamento([242]). Quando ocorra uma primeira transferência de propriedade (através de venda, doação ou qualquer outra forma) de uma cópia legítima dentro do espaço comunitário, o titular dos direitos de autor já não pode exercer o seu direito de distribuição nessa particular cópia. Esta circunstância permite que existam mercados de bens protegidos por direitos de autor em segunda mão([243]). Assim, um disco "não pirateado" / "original" pode ser revendido porque ocorreu esgotamento do direito de distribuição do autor da obra que este incorpora, aquando da primeira venda. Por isso mesmo é particularmente ilustrativa a expressão de André Lucas, para descrever o direito de distribuição como "uma arma que dispara um único tiro"([244]).

Recentemente, numa decisão surpreendente, o TJUE afirmou que o esgotamento também se aplica a *software* usado([245]) pese embora esteja em causa o direito de reprodução (as cópias são obtidas por *download*) e não o direito de distribuição([246]).

Em matéria de marcas e de patentes foi-se desenvolvendo uma jurisprudência sobre os limites da regra do esgotamento, os chamados direitos residuais ou subsistentes após a colocação no mercado([247]). Encontra-se actualmente pendente o reenvio C-

---

([241]) C-516/13 *Dimensione Direct Sales*. Outro reenvio pendente sobre o direito de distribuição no caso de vendas pela internet é o caso C-98/13 *Martin Blomqvist*.

([242]) Art. 4.º (2) da Directiva. Já resultava de intervenção jurisprudencial pré-harmonização (C-479/04 *Laserdisken*).

([243]) No Estados-Unidos na controversa decisão de 2013 *Kirtsaeng v. John Wiley& Sons, Inc.* O Supremo Tribunal acolheu o esgotamento *(first sale doctrine)* internacional. Assim, nos EUA, o direito de distribuição esgota-se em qualquer cópia legítima em relação à qual tenha havido transferência de propriedade **em qualquer sítio no mundo**.

([244]) *Droit d'auteur et numérique* (Litec, 1998) § 277.

([245]) C-128/11 *Used Soft GmbH v Oracle*.

([246]) Para evitar contradições com o disposto no art. 3.º (3) da directiva InfoSoc tem-se entendido que a decisão só vale no âmbito da *lex specialis* relativa a programas de computador.

([247]) Cf. Pedro Sousa e Silva, *Direito Industrial* (Coimbra Editora, 2011), pp. 343 e ss. (com referências adicionais).

-419/13 *Art & All posters International*, onde se procura saber como se conjugará a regra do esgotamento em matéria de direitos de autor com o exercício de direitos morais; no fundo, saber em que medida é que o esgotamento continua a operar quando haja alteração da obra([248]).

***iv*)** *Outros aspectos*

No âmbito de algumas directivas relativas a certo tipo de obras a harmonização foi mais longe([249]). Por exemplo, o direito de comunicação, exposição ou representação pública, previsto no art. 5.º (*d*) da Directiva 96/9 relativa a bases de dados inclui a comunicação a pessoas presentes no mesmo local em que esta ocorre. Como vimos, a directiva Infosoc, ao limitar o conceito de comunicação ao público à comunicação de obras "à distância", excluindo a comunicação entre pessoas presentes no mesmo local *(interpresens)*, implica que se distinga, a nível de direito europeu, o conceito de comunicação ao público do direito a controlar a comunicação, exposição ou representação pública. Pese embora, como sublinha ANSGAR OHLY([250]) a própria directiva Infosoc parecer consagrar algumas excepções que fazem sobretudo sentido em relação à comunicação *interpresens* (*máxime* o art. 5.º (3)(*g*) relativo à utilização de obras em cerimónias religiosas).

De igual forma, o direito de adaptação (incluindo tradução) não é mencionado na directiva InfoSoc apesar de constar do art. 4.º (1)(*b*) da Directiva 2009/24 relativa a programas de computador e do art. 5.º (*b*) da directiva 96/9 relativo a bases de dados. Deve considerar-se que este direito não está harmonizado de forma horizontal([251]).

([248]) Para mais detalhes veja-se <http://eulawradar.com/case-c-41913-art-allposters-international-from-paper-art-poster-to-canvas-picture/> consultado a 12 de Janeiro de 2014.

([249]) Na chamada abordagem vertical (por tipo de obra), característica da primeira geração de directivas nesta área.

([250]) 'Economic rights', *ob. cit.*, p. 226.

([251]) BERNT HUGENHOLTZ, *et al.*, *The Recasting Of Copyright And Related Rights For The Knowledge Economy*, Final Report, (2006), <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf>, p. 27, nota 109; AGNÉS LUCAS SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 131.

O já mencionado direito de sequência *(droit de suite)* cuja natureza (jurídica e política) é controvertida([252]) encontra-se harmonizado([253]). Recentemente, o TJUE decidiu que o art. 6.º da directiva 2001/84, referente à titularidade deste direito, não se opunha a que este direito fosse reservado aos herdeiros legais (excluindo os herdeiros testamentários) do autor([254]).

Visto que o direito de distribuição só se aplica a operações relacionadas com a transferência de propriedade, os direitos de aluguer e de comodato devem ser considerados como direitos autónomos([255]).

d. Limites e excepções (menção)

Como escreve PIERRE SIRINELLI([256]): "Examinar as excepções aos direitos de autor e direitos conexos significa, por forma negativa, determinar os contornos da propriedade literária e artística e, indirectamente, definir o seu fundamento e filosofia". Em bom rigor, para compreender os direitos de autor e sobretudo o seu carácter (mais ou menos) justo é indispensável olhar para os limites e excepções([257]) determinar aquele conjunto de actos que, apesar de caírem no âmbito de um direito de exclusivo, são admitidos pela ordem jurídica([258]). Apesar de ser um dos pontos mais relevantes na estrutura de um sistema jusautoral, a intervenção

---

([252]) CORNISH, LLEWELYN & APLIN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (7.th edn, Sweet & Maxwell, 2010), p. 593 e ss.

([253]) Vejam-se os comentários e indicações de ANSGAR OHLY, 'Economic Rights' *cit.*, pp. 229 a 232.

([254]) C-518/08 *Salvador Dalí* § 24.

([255]) AGNÉS LUCAS SCHLOETTER, *ob. cit.*, p. 122.

([256]) 'Exception and Limits to Copyright and Neighboring Rights' [1999] WCT--WPPT/IMP/1 <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf>.

([257]) Limites e excepções não são exactamente a mesma coisa. Os primeiros referem-se a usos não abrangidos e os segundos a derrogações de uma regra ou princípio. (CHRISTOPHE GEIGER & FRANCISKA SCHÖNHERR, *ob.cit.*, p. 135). No entanto, aqui são usados de forma equivalente.

([258]) No considerando 31 da directiva Infosoc pode ler-se: "Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido."

europeia neste domínio é altamente incompleta e sujeita a muitas críticas([259]).

Tirando a excepção obrigatória, relativa a cópias transitórias necessárias num dado processo tecnológico (art. 5.º (1))([260]), a directiva InfoSoc lista cinco excepções e limitações possíveis ao direito de reprodução (art. 5.º (2)) e quinze excepções e limitações possíveis ao direito de reprodução e de comunicação ao público (art. 5.º (3)), num total de 20([261]). Admite ainda a criação de excepções ou limitações ao direito de distribuição, quando necessárias para garantir a efectividade das mencionadas excepções (art. 5.º (4)). Esclarece-se que a criação de qualquer excepção está sujeita ao chamado "teste dos três passos" (art. 5.º (5))([262]).

Algumas das excepções ao direito de reprodução estão dependentes da existência de "uma compensação equitativa". É assim com o caso da reprografia (5(1)(*b*), da cópia privada (5(2)(*b*)) e dos hospitais ou prisões (5(2)(*e*))([263]). Trata-se de um direito remuneratório, de uma taxa *(levy)* estabelecido a favor dos autores([264]). O TJUE afirmou já, no contexto da cópia privada, que esta "compensação equitativa deve necessariamente ser calculada com base no critério do prejuízo causado aos autores de obras protegidas

---

([259]) Cf. MARIE-CHRISTINE JANSSENS, 'The issue of exceptions: reshaping the keys to the gates in the territory of literary, musical and artistic creation' in Estelle Derclaye (ed), Research Handbook on the Future of EU Copyright (EE, 2009), pp. 317 e ss.

([260]) No caso C-302/10 *Infopaq II* o TJUE elaborou esta noção, interpretando a excepção em termos exigentes. Cf. BERNT HUGENHOLTZ, *et al.*, *The Recasting..., ob. cit.*, pp. 62 e ss. Encontra-se pendente o caso C-360/13 *Public Relations Consultants* que no fundo pergunta em que medida é que esta excepção se aplica à navegação na internet.

([261]) Esta lista é exaustiva (cf. considerando 32).

([262]) Trata-se de um teste de direito internacional que visa garantir que os limites e excepções estabelecidos no direito interno são proporcionais e razoáveis. Estranhamente houve Estados, como Portugal, que transpuseram este teste para o direito interno. Sobre a interpretação deste teste veja-se, em profundidade, MARTIN SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-step Test* (Kluwer Law International, 2004).

([263]) Nesta última menciona-se "compensação justa" na versão portuguesa, pese embora as versões inglesa ("fair compensation"), alemã ("gerechtenAusgleich"), francesa ("compensation equitable"), italiana ("equo compenso") e holandesa ("billijke compensatie") utilizem sempre a mesma expressão.

([264]) Sobre este assunto tem havido um considerável debate e decisões jurisprudenciais; veja-se JOOST POORT & JOÃO PEDRO QUINTAIS, 'The Levy Runs Dry: A Legal and Economic Analysis of EU Private Copying Levies' [2013] JIPITEC, pp. 205 e ss.

pela introdução da excepção de cópia privada"([265]), sendo que os devedores desta taxa poderão ser as empresas que intervém na disponibilização desses aparelhos, "Por conseguinte, uma vez que o referido sistema [espanhol] permite aos devedores repercutir o custo da taxa sobre os utilizadores privados e que, assim sendo, estes últimos assumem o encargo da taxa por cópia privada, deve ser considerado conforme com o «justo equilíbrio» a encontrar entre os interesses dos autores e os dos utilizadores de objectos protegidos"([266]). Existe um acervo considerável de decisões sobre a matéria([267]).

O Tribunal tem, de um modo geral, afirmado que os limites e excepções devem ser interpretados restritivamente([268]). Esta abordagem é típica do *droit d'auteur* mas é criticada como retrógrada([269]).

Excepto no caso de directivas específicas (como a directiva relativa a programas de computador, art. 8.º) e quanto à excepção mencionada no art. 5.º (1), a directiva Infosoc nada dispõe quanto à disponibilidade contratual destas excepções, isto é, se o consumidor pode abdicar destes direitos([270]). A opção portuguesa é, a meu ver, a melhor: dispõe o art. 75.º (5) CDADC que é nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários dessas excepções.

([265]) C-467/08, *Padawan*, § 42.

([266]) *Ibid.*, § 48 e 49.

([267]) V.g. C-462/09 *Stichting de Thuiskopie*; C-457/11 e C-458/11 *VG Wort* e C--521/11, *Amazon.com*.

([268]) C-5/08 *Infopaq* § 56-57 e C-403/08 e C-429/08 *Murphy* § 162.

([269]) Assim, ANNETTE KUR & THOMAS DREIER, *ob. cit.*, p. 302.

([270]) LUCIE GUIBAULT, 'Why Cherry-Picking…', *ob. cit.*, p. 59. Sobre o assunto em profundidade, cf. LUCIE GUIBAULT, *Copyright Limitations and Contracts — An analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright* (Kluwer Law International, 2002).

5. Conclusão

Haveria mais aspectos a considerar em matéria do que se encontra já harmonizado. Não abordamos aqui os direitos conexos, as medidas de protecção tecnológicas e vários aspectos detalhados das directivas e jurisprudência. No entanto, procurei realçar os aspectos que me parecem mais relevantes no sistema que se vai formando de direito de autor europeu, "uma criança favorita na Europa"([271]).

Apesar do grande avanço harmonizador, com reais repercussões, as diferenças entre os sistemas nacionais de direitos de autor continuam marcadas e contenciosas. É que, como explica magistralmente ANDREAS RAHMATIAN([272]) o que diferencia os países de *droit d'auteur* dos países de *copyright* é o lugar que o ser humano ocupa como criador: central para os primeiros, incidental para os segundos. Isto leva a que muitas vezes, se extraia da letra da lei uma interpretação culturalmente própria, logo divergente([273]). O TJUE tem tido um papel primacial na interpretação e aproximação das leis, minorando esta circunstância. A discussão quanto a um título unitário de direitos de autor ganhou fulgor, embora haja ainda muitos obstáculos a ultrapassar. Há porém uma inabalável certeza: este ramo do direito está em franca evolução, expansão e agitação, de tal forma que, ao escrever estas linhas, sei que em breve estarão desactualizadas…

Vila Nova de Gaia, Janeiro de 2014

([271]) RETO HILTY, 'Intellectual Property and the…', *ob. cit.*, p. 760.
([272]) Originality in Uk…, *ob. cit.*, p. 17.
([273]) *Ibid.*, p. 22.

OS DIREITOS ESPECIAIS À LUZ DO CSC E DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA — ALGUMAS REFLEXÕES

Pelo Mestre Ricardo Serra Correia(*)

SUMÁRIO:

1. A Participação Social. **2.** Os Direitos Especiais no CSC. **3.** Os Direitos Especiais e as então *golden-shares* do Estado Português. **4.** Os Direitos Especiais na perspectiva do Direito da União Europeia. *4.1.* Os Direitos Especiais e a liberdade de circulação de capitais. *4.2.* Os Direitos Especiais detidos pelos Estados-Membros e as possíveis restrições à liberdade de circulação de capitais. *4.3.* Os Direitos Especiais previstos no CSC e a sua incompatibilidade com a livre circulação de capitais. *4.4.* Os Direitos Especiais e o Direito de Estabelecimento. **5.** Reflexões Conclusivas.

1. A Participação Social

O sócio encontra-se numa situação complexa relativamente à sociedade a que está ligado. Podemos dizer que o sócio é titular de uma participação social respeitante a determinada sociedade em

---

(*) Doutorando em Direito na área das Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado.

concreto. Sendo que a titularidade pode ser originária (na medida em que o sócio tenha participado na celebração do contrato constitutivo da sociedade ou, posteriormente, num aumento de capital) ou derivada (caso a participação social seja adquirida, no decorrer da vida da sociedade, nomeadamente, através de transmissão *mortis causa* ou *inter vivos*).

São várias as concepções de participação social, ou socialidade *(Mitgliedschaft)*, na Doutrina([1]), encontramos autores que entendem que a socialidade se traduz num feixe de direitos, outros defendem que se trata de um complexo de direitos ou até, segundo ASCARELLI, um status, isto é, uma posição jurídica que constitui pressuposto necessário do surgimento de direitos que se vão autonomizando da posição jurídica. COUTINHO DE ABREU define a participação social como o *«conjunto unitário de direitos e obrigações actuais e potenciais do sócio (enquanto tal)»*([2]). Podemos dizer que, atendendo ao seu conteúdo e âmbito jurídico, a participação social é constituída por *direitos* e *obrigações*. É esta a terminologia jurídica([3]) utilizada pelo nosso legislador no vigente CSC (aprovado pelo DL n.º 262/86 de 2 de Setembro), que dedica a secção II, do Capítulo III da Parte Geral do código às obrigações e direitos dos sócios em geral([4]).

Duas notas a salientar na definição proposta por COUTINHO DE ABREU. A primeira diz respeito à *unidade* da participação social. Questiona-se na Doutrina se a participação social deve, ou não, ser concebida unitariamente. Ora, Autores como RAÚL VENTURA e LEITE SANTOS entendem que a concepção unitária da participação social contraria o disposto em vários artigos do CC

([1]) V. com desenvolvimento LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 175, ss., nota 76*a*.

([2]) Cf. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, volume II, Das Sociedades*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 207.

([3]) Criticando os termos, *direitos* e *obrigações*, e defendendo a sua substituição, respectivamente, por *poderes* e *deveres*, v. PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 8-9.

([4]) MENEZES CORDEIRO critica severamente a sistematização dos direitos e obrigações dos sócios feita no CSC pelo legislador, v. com interesse *Manual de Direito das Sociedades, I — Das Sociedades em geral*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 561-562.

(art. 999.º relativo à sociedade civil, *«o credor particular do sócio apenas pode executar o direito ao lucro e à quota de liquidação»*) e do CSC (art. 183.º quanto às SNC, *«o credor do sócio não pode executar a parte deste na sociedade, mas apenas o direito aos lucros e à quota de liquidação*»; art. 239.º (SQ), «*A penhora de uma quota abrange os direitos patrimoniais a ela inerentes, com ressalva do direito a lucros já atribuídos (...) o direito de voto continua a ser exercido pelo titular da quota penhorada»;* art. 267.º (SQ) sobre a possibilidade de alienação por parte do accionista do direito de participar no aumento de capital e o art. 458.º (SA), *«não tendo havido alienação dos respectivos direitos de subscrição»*). Quer dizer, pretendem estes Autores demonstrar com os preceitos referidos que a participação social é composta por direitos e obrigações individualmente considerados, cada um de *per si*, autónomos e cada um com o seu regime próprio. Verifica-se, portanto, uma perspectiva atomística da participação social. Já COUTINHO DE ABREU e PAIS DE VASCONCELOS defendem a unidade da participação social. Entende aquele Autor que a participação social *«é, ela própria, bem jurídico autónomo, com disciplina específica e distinta da que resultaria do somatório das disciplinas dos seus diversos componentes»*([5]). Justifica-se o Professor de Coimbra, fundamentalmente, com três argumentos: a participação social é objecto unitário de direitos reais (art. 23.º)([6]) e de negócios translativos (arts. 182.º, 228.º, 328.º, 469.º/1 e 475.º); é, também, objecto autónomo de execução (v. art. 239.º e os arts. 735.º/1, 774.º, 780.º e 781.º CPC) e, por fim, a possibilidade do credor do sócio executar o direito aos lucros e à quota de liquidação (art. 999.º CC e art. 183.º) não afasta completamente o sócio do exercício das faculdades contidas nos referidos direitos([7]). Dentro da concepção unitária da participação social, há quem vá mais longe e a considere como um único direito subjectivo complexo.

([5]) COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, p. 219.

([6]) Doravante, os preceitos indicados sem referência ao diploma a que pertencem constam do CSC.

([7]) COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, pp. 219-220.

A segunda nota a sublinhar diz respeito ao facto de os direitos que compõem a socialidade serem *actuais* ou *potenciais*. Isto é, nem todos os direitos podem ser exercidos a todo o tempo. Há direitos que só podem ser exercidos em determinados momentos da vida da sociedade e verificando-se certos pressupostos. Veja-se o caso do direito ao lucro de exercício, certamente para que este seja distribuído é preciso, primeiramente, que o haja. A este respeito MENEZES CORDEIRO e VASCO LOBO XAVIER falam de direitos *abstractos* e *concretos*. O primeiro Autor vê o direito abstracto como uma posição favorável tutelada pelo Direito e que após todo um processo permitirá ao sócio ver surgir um direito concreto correspondente. Sendo que esse direito abstracto e respectivo processo pode implicar a efectivação de outros direitos instrumentais. Já o direito concreto será o *«produto da concretização de uma prévia posição favorável, que assistia ao sócio»*([8]). LOBO XAVIER sublinha que, independentemente de se conceber a socialidade como fonte de direitos ou como decomponível em direitos, tem de se reconhecer a diferença ou a diversidade *«entre os "direitos" que se afirma integrarem a Mitgliedschaft e as pretensões e poderes concretos que nesta se filiam e que só vão surgindo no desenrolar da vida da sociedade»*([9]), inclusivamente, o autor contrapõe, em matéria de lucros, por um lado, o direito abstracto ou potencial aos dividendos e, por outro, o direito concreto ou actual aos dividendos que dizem respeito a cada exercício, no sentido de demonstrar tal diversidade.

Por fim, uma palavra quanto à *natureza jurídica* da participação social([10]). Domina na Doutrina a ideia de que se trata de uma posição jurídica contratual (descontando o caso das sociedades não fundadas em contrato, como as sociedades unipessoais *ab initio*), no entanto, existem muitas outras teses sobre a qualificação jurídica da participação social. Há autores que vêem a participação social como um direito real sobre os bens da sociedade, outros con-

---

([8]) MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 571.

([9]) LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 177, nota 76*a*.

([10]) V. com desenvolvimento, PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, pp. 490 e ss. e COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, p. 220-221.

sideram que se trata de um direito de crédito em face da sociedade. É entendida, também, como uma expectativa jurídica, um status, uma relação jurídica complexa, um direito subjectivo. Destaca-se, ainda, a tese de PAIS DE VASCONCELOS que qualifica a participação social de forma plural, isto é, como relação jurídica, direito subjectivo e status([11]).

Independentemente da qualificação jurídica que se faça da participação social, é unânime na Doutrina a ideia da complexidade da situação jurídica do sócio. Basta atentar no vasto conjunto de obrigações e direitos que compõem a socialidade. Tendo em conta o objecto do presente trabalho, importa considerar, de seguida, os direitos corporativos componentes da participação social à luz do nosso Direito das Sociedades vigente, sobretudo os *direitos especiais* e seu regime.

2. Os Direitos Especiais no CSC

São inúmeros os direitos e deveres corporativos (isto é, direitos e deveres dos sócios perante a sociedade enquanto tais, e não enquanto terceiros) componentes da participação social. O CSC enumera, nos arts. 20.º e 21.º, obrigações e direitos dos sócios, sendo certo que tal enumeração não é taxativa, pois os direitos e obrigações do sócio vão mais longe. Quanto aos direitos estes podem ser classificados de acordo com diversos critérios. Neste aspecto seguimos de perto a classificação segundo os critérios da *função* e da *titularidade*([12]). Atendendo à sua *função*, os direitos podem ser de *participação* (p. ex., o direito de participação nas deliberações sociais, nomeadamente através do direito de voto e o direito a ser designado para os órgãos de administração e de fiscalização da sociedade, art. 21.º, n.º 1, *a*) e *b*)); temos também os direitos *patrimoniais*, como o direito a quinhoar nos lucros, art. 21.º n.º 1, *a*); e ainda os direitos de *controlo*, tais como o direito

---

([11]) PAIS DE VASCONCELOS, *ob. cit.*, p. 495.
([12]) COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, p. 208.

de informação (arts. 214.º-216.º). Através do critério da *titularidade*, podemos distinguir os direitos *gerais* e os direitos *especiais,* sendo que esta distinção merece um maior desenvolvimento, pois os direitos especiais constituem o objecto do presente trabalho([13]).

Nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, direitos gerais tratam-se daqueles *«que são os mesmos para todos, salvas as diferenças quantitativas em correlação com a desigualdade do contributo de cada um, para o património da associação»*([14]). Quer dizer, direitos gerais são todos aqueles que pertencem a todos os sócios de uma sociedade, enquanto tais, como por exemplo os enumerados no art. 21.º. Apesar de haver alguns casos excepcionais em que um ou mais sócios não podem usufruir de certos direitos gerais, veja-se o disposto no art. 341.º, n.º 3 (acções preferenciais sem o direito de voto).

A caracterização dos direitos especiais, também designados por direitos preferentes ou prioritários, levanta alguns problemas. Estes direitos são regulados pelo art. 24.º, inserido na parte geral do CSC e, portanto, aplicável a todos os tipos societários (art. 1.º/2).

São várias as noções de direito especial avançadas pela doutrina. A nossa lei não define o direito especial, não obstante, podemos retirar do art. 24.º algumas características essenciais deste tipo de direitos que nos permitem chegar a uma noção adequada. Desde logo os direitos especiais têm de ser estipulados no contrato de sociedade (art.24.º/1), sendo atribuídos a sócios (art. 24.º/1, *in fine*) ou a categorias de acções, no caso das SA (art. 24.º/4) e só podem ser suprimidos ou coarctados com o consentimento do seu titular, salvo regra legal ou estipulação contratual expressa em contrário (art. 24.º/5).

([13]) Sobre esta distinção cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, I, Almedina, Coimbra, 2003, p. 184, nota 1; COUTINHO DE ABREU, *ob. cit*., pp. 209 e ss.; PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as acções privilegiadas*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 15 e ss., e *Direito das Sociedades Comerciais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 246 e ss.; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS e MARIA ELISABETE RAMOS, "As participações sociais", AAVV, *Estudos de Direito das Sociedades*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 128 e ss.; RAÚL VENTURA, "Direitos especiais dos sócios", *O Direito*, 121.º, 1989, pp. 209 e ss.

([14]) MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit*., p. 184, nota 1.

Atendendo a estes elementos, perfilhamos a noção de direito especial dada por COUTINHO DE ABREU, direitos especiais *«são os direitos atribuídos no contrato social a certo(s) sócio(s) ou a sócios titulares de acções de certa categoria conferindo-lhe(s) uma posição privilegiada que não pode em princípio ser suprimida ou limitada sem o consentimento dos respectivos titulares»*(15).

São exemplos de direitos especiais o direito a quinhoar mais nos lucros de exercício e no saldo de liquidação, o direito de voto duplo (art. 250.º/2), o direito especial à gerência (art. 257.º/3), o direito de vetar deliberações sobre certos assuntos, o direito de alienar quotas sem possibilidade de exercício da preferência pelos demais sócios.

O regime jurídico dos direitos especiais constante do CSC levanta algumas questões que trataremos de seguida.

A. Um elemento caracterizador dos direitos especiais é o facto de estes serem necessariamente criados através de estipulação contratual, têm de estar previstos no contrato social. Assim o exige a lei, «*só por estipulação no contrato social podem ser criados direitos especiais*», art. 24.º, n.º 1. Não havendo tal estipulação, os direitos especiais são ineficazes relativamente à sociedade, isto é, não produzem efeitos perante esta. A lei não refere se a estipulação do direito social terá de ser feita de forma expressa. Em nosso entender, a concessão de um direito especial não tem de ser expressa e através de fórmulas sacramentais. A atribuição de um direito especial pode resultar implicitamente das cláusulas contratuais. Assim, para se aferir da existência de um direito deste tipo é imprescindível fazer uma correcta interpretação das cláusulas contratuais. Podendo essa interpretação ser feita recorrendo às diversas cláusulas do contrato, mas nunca a elementos exteriores a este. É este o caminho seguido na jurisprudência: *«Não se exige a menção expressa do direito especial, bastando que a existência deste resulte da interpretação do contrato de sociedade, sendo indispen-*

(15) COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, p. 209.

sável que se demonstre ter havido intenção de criar um direito especial»([16]). Refira-se, no entanto, que alguns direitos especiais exigem, por natureza, uma cláusula expressa, veja-se, por exemplo, o direito de um sócio a quinhoar mais no lucro de exercício, a percentagem que o sócio vai receber adicionalmente tem de estar expressamente estipulada.

Também a doutrina alemã vai no sentido de não exigir cláusula contratual com menção expressa do direito especial, a existência deste pode resultar da interpretação do contrato. Inclusivamente indica alguns critérios para a realização de tal interpretação([17]).

Ora, levanta-se a questão de saber se é possível a criação de direitos especiais, após a constituição da sociedade, na medida em que tal criação exigiria uma modificação do contrato societário e admitindo-se tal situação, qual a maioria necessária para que a deliberação sobre esta alteração contratual fosse válida. Fazendo uma interpretação restritiva do art. 24.º, n.º 1, poder-se-ia dizer que a criação de direitos especiais só é possível no momento da constituição da sociedade. A Doutrina em geral não vai neste sentido, admitindo, com algumas divergências, a criação de direitos especiais em momento posterior da celebração do pacto social. COUTINHO DE ABREU entende que é possível a criação destes direitos mediante alteração contratual, no entanto, a votação sobre a alteração contratual teria de ser unânime, só assim se respeitaria o princípio da igualdade de tratamento dos sócios([18]). Considera ainda o Autor, e em nosso entender bem, a possibilidade da deliberação ser

---

([16]) Ac. de 04/02/99, Relação de Lisboa, citado por SOVERAL MARTINS e ELISABETE RAMOS, *Código das Sociedades Comerciais*, Quarteto, Coimbra, 2001, p. 80.

([17]) Sobre os critérios da Doutrina alemã v. RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 218.

([18]) O princípio da igualdade visa assegurar, dentro de cada sociedade, o tratamento igual de todos os sócios, proibindo qualquer tipo de discriminação não justificada. Assume um papel especialmente preponderante na tutela das minorias, assegurando aos sócios com menor peso na sociedade, os mesmos direitos que os sócios maioritários e dominantes. Naturalmente que, estando os sócios, com este princípio, em pé de igualdade, deve ser tido em conta a proporção da participação social de cada sócio, bem como o regime jurídico dos direitos especiais (art. 24.º). São inúmeras as normas legais onde, implícita e explicitamente, encontramos presente este princípio, nomeadamente: arts. 22.º/ /1/3, 190.º/1, 213.º/4, 321.º, 344.º/2, 346.º/3, 384.º/1, e arts. 15.º, 112.º e 197.º CVM (sociedades anónimas abertas).

tomada por maioria qualificada, não violando o princípio acima referido, caso o interesse social imponha ou recomende tal alteração ao contrato([19]). No mesmo sentido, e justificando a sua posição, o PROFESSOR RAÚL VENTURA considera que a criação de direitos especiais por alteração do contrato de sociedade origina uma situação de desigualdade entre os sócios, na medida em que um ou uns, passam a ter direitos diferentes dos restantes sócios, pelo que, tendo por base o princípio da igualdade de tratamento dos sócios, uma deliberação maioritária, ainda que qualificada, não é suficiente, exigindo-se uma deliberação votada com unanimidade dos votos([20]). Já PAULO OLAVO CUNHA, em sentido contrário, considera não ser necessária a unanimidade dos votos, bastando o número de votos favoráveis exigidos para alterações do contrato de sociedade. Entende este Autor que a criação de direitos especiais em vida da sociedade é uma mera consequência da participação na sociedade([21]).

B. O direito especial é um direito corporativo, de sócio enquanto tal, perante a sociedade e não enquanto terceiro ou credor da sociedade. A própria lei dispõe que os direitos especiais são atribuídos a sócios (art. 24.º/1, *in fine*) e, no caso das SA, a categorias de acções (art. 24.º/4). Assim, à excepção da situação das SA, podemos dizer que os direitos especiais têm natureza *intuitu personae*, pois são criados em função do sócio em concreto. O direito especial pode ser atribuído a qualquer sócio, seja público ou privado, e pode ter natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Entendemos que nem todos os direitos componentes da participação social podem ser especiais, a lei impede que certos direitos sejam especiais, vejam-se os arts. 384.º/5 (proibição do voto plural), 391.º/2, in fine (proibição de atribuir a certas categorias de acções o direito de designar administradores) e 458.º/1 (o direito de prefe-

---

([19]) COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, pp. 212, ss.

([20]) RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, *vol. III*, Almedina, Coimbra, 2006, p.16.

([21]) PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais..., ob. cit.*, p. 184 e *Direito das Sociedades Comerciais, ob. cit.*, p. 255, nota 327.

rência a subscrever novas acções, em caso de aumento de capital por entradas em dinheiro, pertence a todos os sócios, não podendo ser estabelecido como direito especial para um ou vários sócios em detrimento dos restantes).

No que diz respeito à atribuição de direitos especiais a sócios, discute-se na Doutrina, se o mesmo direito especial pode ser criado para todos os sócios de uma sociedade([22]). A lei nada diz sobre esta questão, apesar da expressão legal *«algum sócio»* (art. 24.º/1) dar, eventualmente, a entender não ser possível assistir a todos os sócios. Aparentemente, não parece ser possível, pois aquilo que é especial não pode ser, simultaneamente, geral. Assim o entendem FERRER CORREIA e PAULO OLAVO CUNHA. Consideram estes Autores que, havendo um mesmo direito especial para todos os sócios, o direito especial perderia a sua essência, converter-se-ia em direito geral por tutelar interesses que seriam comuns a todos. Na verdade, parece lógico que alguns direitos especiais não possam ser atribuídos a todos sócios, são os casos, por exemplo, do direito de voto duplo, do direito de prioridade de todos os sócios ao dividendo ou ao saldo de liquidação. Não obstante, Autores como VAZ SERRA, PINTO FURTADO e COUTINHO DE ABREU admitem que alguns direitos especiais sejam atribuídos a todos os sócios, nomeadamente o direito especial à gerência, consagrado no art. 257.º, n.º 3. Se o direito especial à gerência for atribuído a todos os sócios, significa que, por um lado, a cláusula do contrato de sociedade que criou o direito em causa só pode ser eliminada ou modificada com o consentimento de cada sócio e, por outro, que a destituição da gerência terá de ser feita, independentemente da vontade do sócio, por via judicial e com base em justa causa. RAÚL VENTURA tem uma teoria híbrida, na medida em que considera que os direitos especiais são atribuídos apenas a um ou alguns sócios sob pena de aqueles direitos perderem a sua especialidade, mas admite que os direitos especiais possam assistir a todos os sócios, se estiverem

---

([22]) Sobre esta questão v. PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 235, ss; PAULO OLAVO CUNHA, Os direitos especiais…, *ob. cit.*, p. 21 e pp. 23-25; COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, pp. 215-216; VAZ SERRA, "Anotação ao Ac. do STJ de 14/12/78", *RLJ*, ano 112.º (1979-1980), p. 173; RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, p. 17-18.

em causa direitos que não fazem parte do conteúdo normal das quotas, nomeadamente, o direito especial à gerência.

Em nosso entender, defendemos que um mesmo direito especial pode assistir todos os sócios. Desde logo, não entendemos que a expressão *«algum sócio»* referida na lei seja relevante para se concluir pela não atribuição do direito especial a todos os sócios. Pensamos que o argumento literal utilizado por alguns autores não é significativo. Concordamos com PINTO FURTADO ao defender que aquela expressão pode referir-se tão-somente ao caso mais comum na vida prática, e não pode significar como sendo o único caso possível e admissível. Consideramos que num direito especial a sua especialidade não está no facto de ser apenas atribuído a um ou poucos sócios, mas sim no regime jurídico diferente que esse direito terá. A especialidade do direito está na situação privilegiada que confere e na sua inderrogabilidade, à partida, sem haver previamente o consentimento do seu titular. É certo que esta característica dos direitos especiais pode ser afastada (expressamente) por cláusula contratual. Mas é todo o seu regime previsto no art. 24.º (diferente do regime comum), é o privilégio que confere e, sobretudo, a possível inderrogabilidade do direito, que confere a sua especialidade. E não, como defende PAULO OLAVO CUNHA, a sua atribuição a apenas um ou alguns sócios, sob pena de perder o seu valor.

Concluímos, assim, que o mesmo direito especial pode ser atribuído no pacto social a todos os sócios. Sublinhando bem MENEZES CORDEIRO que estamos no âmbito do direito privado *«tudo o que permita alijar interpretações deprimidas, que restrinjam, sem fundamento sério, a liberdade das partes, deve ser acolhido e incentivado»*(23).

C. O art. 24.º/5 estabelece o princípio da inderrogabilidade, a título supletivo, dos direitos especiais, na medida em que estes *«não podem ser suprimidos ou coarctados sem o consentimento do respectivo titular, salvo regra legal ou estipulação contratual expressa em contrário»*.

---

(23) MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 568.

A exigência do consentimento do titular do direito especial para que este seja suprimido ou coarctado, nem sempre foi um ponto claro. Na vigência da Lei de 11 de Abril de 1901 relativa às SQ debatia-se se, além da maioria necessária para deliberar uma alteração ao contrato social, com vista à modificação do direito especial era, ou não, necessário o consentimento do seu titular. Esta questão fez surgir duas correntes jurisprudenciais: surgiram acórdãos que entendiam ser suficiente a maioria exigida pelo art. 41.º LSQ([24]), outros exigiam, além da referida maioria, o consentimento do sócio titular do direito especial. No sentido de uniformizar a jurisprudência, surge o Assento do STJ de 26 de Maio de 1961 dispondo que «*para a alteração dos direitos especiais de um sócio, concedido no pacto social de uma sociedade por quotas, não basta a maioria referida no art. 41.º da Lei de 11 de Abril de 1901, sendo ainda indispensável o consentimento do respectivo sócio*». Mais tarde, ratificando esta orientação, o Assento do STJ de 9 de Novembro de 1977 considerou que *«o gerente de uma sociedade por quotas nomeado no pacto social pode ser destituído por maioria simples dos votos correspondentes ao capital social, desde que a nomeação não importe concessão de um direito especial»*.

Posto isto, a questão da necessidade do consentimento ficou resolvida, e a orientação referida foi adoptada em 1966 no art. 182.º/2 CC e, posteriormente, no art. 24.º/5 CSC. No caso das SA, o legislador entendeu que o consentimento tem de ser dado «*por deliberação tomada em assembleia especial dos accionistas titulares de acções da respectiva categoria*», art. 24.º/6.

Compreende-se que a lei exija o consentimento do titular do direito especial para haver supressão ou modificação do direito. O que está em causa não é um mero direito geral, mas um direito que acarreta uma situação privilegiada, a necessidade do consentimento traz para o seu titular certeza e segurança ao respectivo direito ao longo da vida da sociedade. Não parece lógico que a

---

([24]) O art. 41.º LSQ dispunha que uma deliberação sobre alteração do pacto social devia obter três quartas partes dos votos correspondentes ao capital da sociedade, além de outras eventuais condições pelo contrato.

sociedade, mediante deliberação maioritária, por si só, suprimisse o direito, tal frustraria as expectativas do sócio e seria um aspecto negativo caso se pretenda atrair sócios com recurso à figura do direito especial. Aliás, em regra, as cláusulas contratuais podem ser alteradas, podendo as sociedades comerciais adaptarem-se à realidade social, no entanto, as alterações podem frustrar expectativas e prejudicar investimentos. O regime do direito especial veio estabelecer um meio-termo entre estas duas perspectivas. Ora, no caso de haver estipulação contratual expressa a dispensar o consentimento, o sócio saberá *a priori* com o que poderá contar.

Resta saber se a cláusula que derroga a necessidade do consentimento do titular do direito especial terá de ser expressa ou poderá ser tácita. Resulta da lei, art.24.º/5 *in fine*, que a cláusula deve ser expressa. O PROF. RAÚL VENTURA considera, atendendo ao disposto no art. 217.º/1 CC, que a cláusula deve ser directa (ainda que a sua redacção não seja feita com fórmulas sacramentais), não admitindo qualquer estipulação implícita, ainda que de forma inequívoca, *«pois em qualquer modalidade, a declaração equívoca... não é declaração»*([25]). Naturalmente que o legislador ao exigir que uma cláusula seja expressa, tem em conta o disposto no art. 217.º/1 CC *«meio directo de manifestação de vontade»*. No entanto, o facto de a cláusula não ser directa e utilizar, eventualmente, expressões que não sejam totalmente claras e inequívocas, não retira valor jurídico àquela. Isto é, uma cláusula pode ser expressa, tal qual a lei o exige, mas o facto de conter uma palavra ou expressão pouco directas não retiram valor à cláusula. Aliás, se o próprio legislador na sua actividade não é directo, recorrendo a termos e expressões ambíguas e tal não retira valor às normas jurídicas, parece exagerado que a cláusula deixe de ser vinculativa por não ser directa e utilizar termos possivelmente equívocos. E à semelhança do que acontece para aferirmos da existência de um direito especial, a interpretação de uma cláusula pode e deve ser feita recorrendo a outras cláusulas do pacto social.

([25]) RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*…, p. 20.

Havendo diferentes direitos especiais estipulados no pacto social de uma sociedade, entendemos que a cláusula que dispense o consentimento não deve ser genérica, isto é, deve ser específica quanto aos direitos especiais em que o consentimento do respectivo titular não é necessário. Uma sociedade pode dispensar o consentimento em relação a parte ou à totalidade dos diferentes direitos especiais.

Não havendo cláusula contratual ou regra legal a derrogar a necessidade do consentimento do titular do direito especial, a deliberação que suprima ou coarcte direitos especiais, sem o referido consentimento, é ineficaz, nos termos do disposto do art. 55.º.

D. O art. 24.º, n.os 2 a 4, dispõe o regime (supletivo) de transmissibilidade dos direitos especiais consoante o tipo societário em causa. Nas SNC o direito especial é intransmissível, salvo estipulação em contrário (art. 24.º/2). Já nas SQ, salvo cláusula em contrário, os direitos especiais de natureza patrimonial são transmissíveis e os restantes direitos são intransmissíveis (art. 24.º/3). Quanto às SA, viu-se já que os direitos especiais são atribuídos a categorias de acções e transmitem-se com estas (art. 24.º/4).

E. Por fim, apesar dos direitos especiais conferirem uma vantagem ou uma posição privilegiada ao seu titular, não se confundem com as vantagens especiais (arts. 16.º/1 e 19.º/4), que constituem benefícios concedidos a sócios pela sua preponderância na constituição da sociedade. Estas vantagens são estipuladas no contrato social inicial e os titulares destas mantêm-nas ainda que deixem de ser sócios([26]).

([26]) COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, pp. 216-217.

3. Os Direitos Especiais e as então *golden-shares*([27]) do Estado Português

De acordo com o revogado art. 15.º da Lei-Quadro das Privatizações (Lei n.º 11/90, de 5 de Abril) foi permitido ao Estado a criação das denominadas *golden-shares*, devendo estar previstas no diploma que aprovasse os estatutos da empresa a (re)privatizar. Ou seja, este artigo constituiu uma autorização genérica para a criação de *golden-shares*, no entanto, a estipulação de *golden-shares* necessitava de uma autorização legal específica para este propósito, a permissão do art. 15.º por si só não era suficiente. Compreende-se que fosse assim, pois a figura da *golden-share* existia a título excepcional e por razões de interesse nacional, tendo um alcance substancial na economia e sendo específica a determinadas sociedades em concreto, não se trata de um mecanismo utilizado pelo Estado para assegurar o controlo generalizado das empresas. Tal como já foi referido, o art. 15.º lei-quadro das privatizações permitia a criação de *golden-shares* em sentido estrito (art. 15.º/3), ou seja, o Estado detinha *golden-shares* enquanto accionista minoritário, e as *golden--shares* em sentido amplo (sujeição de deliberações sobre certas matérias a um administrador nomeado pelo Estado, não havendo associação a qualquer participação no capital da sociedade). Competia ao legislador, no diploma que aprovasse os estatutos da sociedade privatizada, a escolha de uma das situações previstas no então art. 15.º n°s 1 e 3 (lei-quadro das privatizações). Em Portugal, o legislador optou sempre pela criação de *golden-shares* em sentido estrito (art. 15.º/3 lei-quadro das privatizações).

No nosso ordenamento jurídico, a criação das *golden-shares* (ou nas palavras do nosso legislador, *«acções privilegiadas»*) foi realizada através de dois meios: a sua consagração nos estatutos da empresa a (re)privatizar e a sua estipulação em diplomas especificamente criados para o efeito.

([27]) Sobre o tema das *golden-shares* v. a nossa tese de mestrado, *As Golden-Shares do Estado Português — Análise na perspectiva dos ordenamentos jurídicos Nacional e Comunitário*, FDUC, Coimbra, 2009.

A faculdade prevista no art. 15.º/3 da lei-quadro das privatizações foi utilizada nos processos de reprivatização da EDP, da GALP e da PT([28]), embora com o DL 90/2011, de 25 de Julho tenham sido eliminados os direitos especiais conferidos pelas *golden-shares* que o Estado detinha naquelas sociedades.

No âmbito da quarta fase de reprivatização da EDP, o art. 13.º do DL 141/2000, de 15 de Julho dispunha o seguinte:

> *Artigo 13.º*
> *Direitos especiais do Estado*
>
> *1 — **Enquanto o Estado for accionista da sociedade, independentemente do número de acções de que for titular** e quer o seja directamente ou indirectamente, por meio de entes públicos na acepção da alínea c) do n.º 2 do art. 1.º da Lei n.º 71/88, de 24 de Maio, as **deliberações** da assembleia-geral a seguir referidas só se considerarão aprovadas se merecerem **o voto favorável do Estado**:*
>
> *a) Deliberações de **alteração do contrato de sociedade**, incluindo de **aumento de capital, de fusão, cisão e de dissolução**;*
>
> *b) Deliberação sobre **celebração de contratos de grupo paritário e de subordinação**;*
>
> *c) Deliberações de **supressão ou limitação do direito de preferência dos accionistas em aumentos de capital**.*
>
> *2 — Enquanto for accionista da sociedade, nos termos do número anterior, **o Estado, se votar contra a proposta que fizer vencimento na eleição dos administradores, gozará ainda do direito de designar um administrador**, o qual substituirá automaticamente a pessoa menos votada da lista vencedora ou, em caso de igualdade de votos, aquela que figurar em último lugar na mesma lista.*
>
> *3 — O direito conferido ao Estado no número anterior prevalece sobre os direitos similares conferidos aos accionistas minoritários pelo art. 392.º do Código das Sociedades Comerciais.* (negrito nosso)

Destaque ainda para os então estatutos da EDP onde encontrávamos no art. 14.º/3 um tecto de voto. Cada accionista estaria impedido de emitir votos que excedessem 5% da totalidade dos votos correspondentes ao capital social. No entanto, o Estado estava

---

([28]) Actualmente com as firmas EDP-Energias de Portugal, S.A., GALP Energia, SGPS, S.A. e Portugal Telecom, SGPS, S.A.

isento deste limite (art. 4.º/4 do contrato social). Esta isenção de que o Estado beneficiava estava de acordo com a regra prevista no art. 384.º, n.º 3 CSC, segundo a qual *«a limitação de votos (...) pode ser estabelecida para todas as acções ou apenas para acções de uma ou mais categorias, mas não para accionistas determinados, e não vale em relação aos votos que pertençam ao Estado ou a entidades a ele equiparadas por lei para este efeito»*. O DL 76-A/2006, de 29 de Março revogou esta última parte do preceito referente ao Estado, levando a pensar que o tecto de voto também se aplicaria ao Estado, no entanto o art. 60.º deste DL salvaguardou a isenção do tecto de voto([29]). Com o Decreto-Lei n.º 90/2011, de 25 de Julho (art. 2.º), também este privilégio que o Estado detinha foi revogado.

No que toca à GALP — Petróleos e Gás de Portugal, SGPS, S.A. que foi igualmente alvo de processo de reprivatização, na sua primeira fase que foi aprovada pelo DL 261-A/99, de 7 de Julho, o preâmbulo deste DL referiu que, dada a natureza da actividade da GALP, o Estado iria fazer uso das faculdades conferidas pela lei-quadro das privatizações, conferindo direitos especiais às acções detidas pelo Estado. Assim, o art. 4.º do DL 261-A/99 concretizou os direitos especiais, dispondo o seguinte:

Artigo 4.º
Criação de acções de categoria especial

1 — Antes de ser deliberado o aumento do capital através do qual se concretizará a 1.ª fase de privatização da GALP ***poderão ser criadas, por conversão de acções ordinárias, acções privilegiadas****.*

2 — ***As acções privilegiadas*** *referidas no número anterior não poderão exceder 10% do actual capital social da GALP, devendo ser* ***detidas maioritariamente por entes públicos****, na acepção da alínea e) do n.º 2 do art. 1.º da Lei n.º 71/88, de 24 de Maio.*

3 — As aludidas acções poderão conferir, designadamente, os seguintes ***direitos especiais****:*

a) O ***direito*** *de, de acordo com o n.º 2 do art. 391.º do Código das Sociedades Comerciais,* ***aprovar a eleição de um número de administradores não superior a um terço do total****;*

([29]) V. Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado — Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 72, nota 186.

> *b*) *O* ***direito de aprovar*** *quaisquer* ***deliberações*** *de* ***alteração do contrato de sociedade****, quaisquer deliberações que visem autorizar a* ***celebração de contratos de grupo paritário ou de subordinação*** *e, ainda, quaisquer* ***deliberações que****, de algum modo,* ***possam pôr em causa o abastecimento do País de petróleo, gás ou produtos derivados dos mesmos****.* (negrito nosso)

Repare-se que o DL 261-A/99, de 7 Julho não criou *golden-shares* (*«poderão ser criadas»*, art. 4.º/1), este DL permitiu a criação de acções de categoria especial, conferindo-lhes determinados direitos especiais *(golden-shares)*. Ao contrário do caso da EDP, a criação das *golden-shares* da GALP foi efectuada segundo os moldes normais do direito privado, respeitando-se, nomeadamente, o art. 24.º CSC, mediante a sua consagração nos estatutos da sociedade. Assim, de acordo com o art. 4.º/1 dos então estatutos da GALP, o capital social encontrava-se representado por duas categorias de acções, as ordinárias (categoria B) e as privilegiadas (categoria A). Devendo estas últimas pertencer na sua maioria ao Estado. Estas acções privilegiadas (leia-se *golden-shares*) atribuiam os seguintes direitos especiais ao Estado, permitindo-lhe manter o controlo sobre a sociedade: 1) direito de aprovar, nos termos do art. 391.º/2 CSC, até um terço dos administradores, o que, basicamente, corresponde ao direito de vetar as deliberações da assembleia-geral respeitantes à eleição de um terço dos administradores da sociedade; 2) o direito de veto relativamente a deliberações que digam respeito a alterações do contrato social, a celebração de contratos de grupo paritário e de subordinação e quaisquer deliberações que possam pôr em causa o abastecimento do País de petróleo, gás ou produtos derivados.

O modo de criação das *golden-shares* na PT foi semelhante ao da GALP. De acordo com o art. 20.º, n.º 1 do DL 44/95, de 22 de Fevereiro, o legislador permitiu a criação de *«acções a que correspondam direitos especiais» (golden-shares)*, devendo a maioria destas acções estar na titularidade do Estado ou de outro ente público. No entanto, ao contrário do que sucedeu com a GALP, este DL não concretizou os direitos especiais que as *golden-shares* conferiam. A criação das *golden-shares* e a definição

dos direitos especiais que conferem foram consagrados nos então Estatutos da PT.

De acordo com o art. 4.º/2 dos referidos Estatutos da PT, o capital social encontrava-se representado por 896.512.000 acções ordinárias e 500 acções da categoria A *(golden-shares)*. Estas seriam *«detidas maioritariamente pelo Estado ou por entidades que pertençam ao sector público, e gozam dos privilégios resultantes das regras estabelecidas nos artigos décimo quarto número dois e décimo nono, número dois dos presentes estatutos»* (art. 5.º dos mencionados Estatutos da PT).

As *golden-shares* detidas pelo Estado na PT conferiam-lhe: — o direito de vetar as deliberações de eleição da mesa da assembleia-geral, de eleição dos membros do Conselho Fiscal, de aplicação dos resultados do exercício, de alteração dos estatutos, de aumento de capital, de limitação e supressão dos direitos de preferência, de emissão de obrigações e de outros valores mobiliários, de fixação dos objectivos gerais e princípios fundamentais das políticas da sociedade, de definição dos princípios gerais de política de participação em sociedades, de autorização para a alteração de sede e de autorização de aquisição de acções representativas de mais de 10% do capital social por parte de accionistas que exerçam (directa ou indirectamente) actividade concorrente com a das sociedades em relação de domínio com a PT (arts. 14.º/2; 15.º/1, al. *c*), *d*), *e*), *f*), *i*), *j*); 2.º/2 e 9.º/1 dos então estatutos da PT); — o direito de vetar um terço do número total de administradores, incluindo o Presidente do Conselho de Administração (art. 19.º/2 dos citados estatutos da PT).

Concluindo, as *golden-shares*, à luz do nosso ordenamento jurídico, consistiam numa participação social (acções) minoritária em sociedades anónimas (outrora públicas e que foram reprivatizadas), permitida por lei, que conferia **dois tipos de direitos especiais** (direito de vetar determinadas deliberações e o direito de nomear um administrador) ao seu titular específico, o Estado Português.

Apesar do seu indiscutível impacto nas sociedades anónimas referidas e na economia, as outrora *golden-shares* eram válidas à luz do nosso ordenamento jurídico. Muito embora tratando-se de

actuação estadual, ainda que no sector privado, tivessem como pressuposto e limite o interesse público (antigo art. 15.º da Lei-Quadro das Privatizações e art. 266.º/1 da CRP). Além de que o exercício dos direitos especiais enunciados deveria respeitar o princípio da proporcionalidade (art. 266.º, n.º 2 CRP e nos arts. 2.º/5 e 5.º/2 CPA) e a livre iniciativa económica privada (art. 61.º, n.º 1 CRP).

Os direitos especiais conferidos pelas *golden-shares* ao Estado Português foram analisadas pelas instâncias europeias, pelo que estamos em condições de fazer uma análise dos direitos especiais à luz do Direito da União Europeia.

4. Os Direitos Especiais na perspectiva do Direito da União Europeia

Para a União Europeia atingir os seus objectivos é fundamental a criação de um Mercado Interno Único (art. 3.º TUE). Este Mercado pressupõe para a sua realização a «*abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais*» (antigo art. 3.º, n.º 1, *c*) do TCE, actualmente, na substância, nos arts. 3.º a 6.º e 26.º do TFUE). Neste sentido o TFUE consagra quatro liberdades fundamentais: 1) a livre circulação de mercadorias (arts. 28.º-29.º TFUE); 2) a livre circulação de pessoas (arts. 20.º-21.º do TFUE); 3) a livre circulação de serviços (direito de estabelecimento, arts. 49.º-55.º do TFUE e livre prestação de serviços, arts. 56.º-62.º do TFUE); 4) e a livre circulação de capitais e de pagamentos (arts. 63.º-66.º e 75.º do TFUE).

Das referidas liberdades interessa-nos, essencialmente, o direito de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais. São estas que os direitos especiais podem eventualmente estar a restringir sem qualquer justificação atendível.

No que toca ao direito da União Europeia, os direitos especiais foram analisados e discutidos no âmbito das *golden-shares* detidas por diversos Estados-Membros, ganhando grande relevo a partir do ano 2000, com a condenação do Estado Italiano pelo Tri-

bunal de Justiça da União Europeia (TJUE) por ser detentor *de golden-shares* que restringiam a livre circulação de capitais.

Até ao momento houve vários processos abertos pela Comissão contra Estados-Membros levados ao TJUE, em virtude dos direitos especiais que aqueles detinham em empresas de sectores estratégicos como o das comunicações, da electricidade e dos combustíveis. À excepção da Bélgica, todos os restantes Estados foram condenados pelo TJUE([30]) por violarem a liberdade de circulação de capitais, incluindo Portugal em virtude das *golden-shares* detidas na EDP e na GALP([31]).

4.1. Os direitos Especiais e a liberdade de circulação de capitais

I. A liberalização completa dos movimentos de capitais surgiu com a Directiva 88/361/CEE. Segundo o art. 1.º/1 desta Directiva *«os Estados membros suprimirão as restrições aos movimentos de capitais efectuados entre pessoas residentes nos Estados-Membros»*. Foi com a assinatura do Tratado da União Europeia em Maastricht (1992) que houve a *«constitucionalização»*([32]) da circulação de capitais enquanto liberdade fundamental, prevista nos arts. 63.º a 66.º e 75.º do TFUE.

De acordo com o art. 63.º, n.º 1 do TFUE *«são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros»*. No entanto, o Tratado não define *«movimentos de capitais»* pelo que para percebermos o

---

([30]) Cf. Processo C-58/99, Comissão Europeia *v.* República Italiana, 23/05/2000; Processo C-367/98, Comissão Europeia *v.* República Portuguesa, 04/06/2002; Processo C-483/99, Comissão Europeia *v.* República Francesa, 04/06/2002; Processo C-503/99, Comissão Europeia *v.* Reino da Bélgica, 04/06/2002; Processo C-463/00, Comissão Europeia *v.* Reino de Espanha, 13/05/2003; Processo C-98/01, Comissão Europeia *v.* Reino Unido, 13/05/2003; Processo C-174/04, Comissão Europeia *v.* República Italiana, 2/06/2005; Processo C-171/08, Comissão Europeia *v.* República Portuguesa, 08/07/2010; Processo C-543/08, Comissão Europeia *v.* República Portuguesa, 11/09/2010.

([31]) Os respectivos acórdãos encontram-se disponíveis em <www.curia.eu.int>.

([32]) Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros — Direito Europeu e Português, Tomo I, Parte Geral*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 255.

alcance exacto deste preceito devemos ter em conta a Directiva acima referida e a *Comunicação da Comissão relativa a certos aspectos jurídicos dos investimentos intracomunitários*([33]).

Entende o TJUE([34]) que a Directiva 88/361/CEE e a nomenclatura de operações que constituem movimentos de capitais nos termos do art. 1.º, presente em anexo desta, permitem-nos chegar ao conceito de movimentos de capitais para efeitos do art. 63.º/1 do TFUE. Da nomenclatura referida há dois tipos de operações pertinentes para o conceito pretendido, o *«investimento de carteira»* e o *«investimento directo»*. O investimento de carteira caracteriza-se por ser um investimento financeiro sem a intenção de procurar influenciar a gestão da empresa. Já o investimento directo caracteriza-se pela possibilidade de participar efectivamente na gestão de uma sociedade e no seu controlo. Assim, no caso das SA existe participação com carácter de investimento directo, quando o lote de acções que se encontra na posse de uma pessoa dá a esse accionista a possibilidade de participar efectivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo([35]).

Posto isto, considera o TJUE que haverá restrição à liberdade de circulação de capitais quando qualquer medida, discriminatória (aplicável apenas a nacionais de outros Estados-Membros) ou não discriminatória (aplicável indiferentemente a nacionais do Estado-Membro em causa e a nacionais de outros Estados-Membros), seja susceptível de *afectar* ou tornar *menos atraente* o exercício desta liberdade (quer se trate de investimento de carteira ou de investimento directo). Assim, só pode concluir o TJUE que os direitos especiais, pelo privilégio que representam para os seus titulares em detrimento dos restantes sócios ou potenciais sócios são susceptíveis de afectar a livre circulação de capitais, desta forma dificultando o acesso ao mercado e dissuadindo potenciais investimentos directos([36]).

([33]) Jornal Oficial C 220 de 19/07/1997, pp. 15-18.

([34]) Acs. Comissão *v.* Portugal (04/06/2002), parágrafo 37, Comissão *v.* França, parágrafo 36, e Comissão *v.* Bélgica, parágrafo 37.

([35]) *Comunicação da Comissão relativa a certos aspectos jurídicos dos investimentos intracomunitários* (97/C 220/06), parágrafo 3.

([36]) Ac. Comissão *v.* Reino Unido, parágrafo 47; Comissão Europeia, *Special rights*…, p. 28; *Comunicação da Comissão relativa*…, ponto 3, parágrafo 8.

O art. 63.º, n.º 1 do TFUE dispõe que são proibidas as restrições à liberdade de circulação de capitais *«entre os Estados--Membros e entre Estados-Membros e países terceiros»*, parece dar a entender que esta proibição apenas vale para medidas restritivas quanto a estrangeiros, ou seja, medidas discriminatórias. Não é este o entendimento da Comissão e do TJUE, *«esta proibição vai além da eliminação de um tratamento desigual dos operadores nos mercados financeiros em razão da nacionalidade»*([37]). Mesmo que a restrição à liberdade do art. 63.º/1 do TFUE não crie uma desigualdade de tratamento, pode impedir a aquisição de acções nas empresas e dissuadir os investidores de outros Estados-Membros de procederem às suas aplicações no capital das empresas. E, portanto, o que está em causa é a afectação ou a dissuasão das pessoas no exercício da livre circulação de capitais, isto é, medidas, sejam ou não discriminatórias, que desincentivam o investimento privado.

Verificamos, portanto, que o TJUE e a Comissão adoptam um critério sensível relativamente às medidas susceptíveis de restringir o disposto no art. 63.º/1 do TFUE. Se atentarmos nos casos já referidos, verificamos que nos Acórdãos Comissão *v*. Portugal e Comissão *v*. Reino Unido estiveram em causa medidas restritivas na aquisição de acções. Nos restantes acórdãos, a questão centrava-se na existência de disposições susceptíveis de dissuadir o investimento *(«restrições indirectas de aquisição»)*([38]). No caso da Comissão contra a Espanha estava em causa as duas situações.

II. Atendendo à interpretação ampla do art. 63.º/1 TFUE feita pelo TJUE e pela Comissão, os Estados utilizaram como argumento justificativo da existência de direitos especiais nas empresas privatizadas e, portanto, da restrição à livre circulação de capitais, o disposto no art. 345.º TFUE *«os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros»* (princípio da neu-

---

([37]) Ac. Comissão *v.* Portugal (04/06/2002), parágrafo 44.

([38]) V. Pedro de Albuquerque e Maria de Lurdes Pereira, *As "golden-shares" do Estado Português em empresas privatizadas — Limites à sua admissibilidade e exercício*, Coimbra Editora, 2006, p. 80, citando Harmut Krause.

tralidade). Quer dizer, a privatização das empresas é uma faculdade dos Estados, que pode ser integral ou parcial, neste sentido os Estados defenderam ser-lhes permitido realizar as privatizações assegurando o controlo na empresa privatizada por via do exercício de direitos especiais. Neste sentido vai o Advogado Geral RUIZ-JARABO COLOMER defendendo que a propriedade referida naquele preceito diz respeito à titularidade económica, nos seus diferentes graus e manifestações. Deste modo, *«é titular (...) da coisa aquele que pode exercer uma influência directa e decisiva no seu destino ou em aspectos fundamentais da sua actividade. Que esta influência seja devida à posse de títulos, a uma concessão administrativa, a disposições dos estatutos sociais, ou a qualquer outro meio admitido em direito, privado ou público, é irrelevante para efeitos do Tratado, (...) quem pode o mais, pode o menos»*([39]).

O TJUE rejeitou este argumento uma vez que o art. 345.º TFUE não tem por objectivo isentar os regimes de propriedade existentes nos Estados-Membros às liberdades fundamentais consagradas no Tratado([40]). A Comissão refuta igualmente o argumento avançado pelos Estados. Os Estados-membros quando usam a faculdade de privatizar empresas podem aplicar condições à venda, mas estas têm de se basear em objectivos de política económica (definidos com antecipação), não podem ser aplicadas discriminatoriamente, devem limitar-se ao tempo estritamente necessário para alcançar os objectivos e não podem deixar qualquer margem para a interpretação das autoridades. Não obstante, após o processo de privatização, os Estados têm de desistir de posterior intervenção([41]).

([39]) Conclusões do Advogado Geral de 3/07/2001, processos C-367/98, C-483/99 e C-503/99, parágrafos 65 e 66, <www.curia.eu.int>.

([40]) Acs. Comissão *v.* Portugal (04/06/2002), parágrafos 47-48, Comissão *v.* França, parágrafos 43-44, e Comissão *v*. Bélgica, parágrafos 43-44.

([41]) Comissão Europeia, *Special rights in privatised companies in the enlarged Union — a decade full of developments, Bruxelas, 22-07-2005*, p. 28.

4.2. Os Direitos Especiais detidos pelos Estados-Membros e as possíveis restrições à liberdade de circulação de capitais

Tendo em conta a interpretação ampla feita pelo TJUE e pela Comissão do âmbito do art. 63.º do TFUE percebe-se que, muito dificilmente, os direitos especiais serão compatíveis com o Direito da União Europeia. Basta estarmos perante um direito especial a ser exercido pelo seu titular que *afecte* ou torne *menos atraente* o exercício da liberdade de circulação de capitais para haver violação desta. No entanto, em casos excepcionais, previstos no art. 65.º/1, *b*) TFUE e sob certas condições, nomeadamente, o respeito pelo princípio da proporcionalidade, é possível haver direitos especiais detidos pelos Estados-Membros em sociedades comerciais susceptíveis de restringir a livre circulação de capitais mas compatíveis com o Direito da União Europeia. O art. 65.º/1, *b*) do TFUE dispõe o seguinte:

> *O disposto no art. 63.º não prejudica o direito de os Estados--Membros:*
>
> *a*) *(...)*
>
> *b*) *Tomarem todas as* ***medidas indispensáveis*** *para impedir infracções às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras, preverem processos de declaração dos movimentos de capitais para efeitos de informação administrativa ou estatística, ou tomarem medidas justificadas por razões de ordem pública ou de segurança pública.*

Não obstante, as medidas não podem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no art. 63.º TFUE (art. 65.º/3 TFUE).

Podemos concluir deste preceito que o Tratado permite então algumas excepções no que diz respeito à proibição imposta pelo art. 63.º/1 do TFUE. Mas não só quanto à liberdade de circulação de capitais, relativamente às outras liberdades fundamentais também há excepções, vejam-se os arts. 52.º, 64.º, 65.º/2, 346.º do TFUE.

No que diz respeito à admissibilidade de restrições não discriminatórias à livre circulação de capitais, o TJUE fixou em acórdãos([42]) que esta liberdade só pode ser restringida por razões de *ordem pública* ou *segurança pública*, e ainda, *razões imperiosas de interesse geral*. O Tribunal considerou também que a restrição *«deve ser adequada a garantir a realização do objectivo que prossegue e não ultrapassar o necessário para o atingir, a fim de respeitar o critério da proporcionalidade»*([43]).

Completou a Comissão este entendimento do TJUE referindo que o conceito de *segurança pública* deve ser interpretado restritivamente, ou seja, *«a segurança pública só pode ser invocada caso haja uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade»*([44]). Motivos puramente económicos (escolha de parceiro estratégico, o reforço da estrutura concorrencial do mercado, modernizar e aumentar a eficiência dos meios de produção), como aqueles que o Estado Português([45]) invocou para impor medidas restritivas não podem ser considerados.

Fundamentalmente existem na União Europeia duas medidas restritivas não discriminatórias: exigência de autorização prévia para adquirir participações de uma empresa e o direito de veto conferido aos Estados ou outros entes públicos. Relativamente à primeira medida, esta só poderá ser compatível se for justificada por razões imperativas de interesse geral e se se basearem em critérios objectivos, estáveis e públicos, não podendo ser aplicados de forma a manter nas mãos dos Estados o controlo das empresas([46]). Relativamente ao direito de veto, *«o Tribunal de Justiça afirma de forma constante que as medidas nacionais susceptíveis de afectar ou de tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem preencher quatro condições: aplicarem-se de modo não discriminatório, justificarem-se por razões imperativas de interesse geral, serem adequadas para*

([42]) Comissão *v.* Espanha, parágrafo 68, Comissão *v.* Portugal, parágrafo 49 (04/06/2002), Comissão *v.* França, parágrafo 45 e Comissão *v.* Bélgica, parágrafo 45.

([43]) *Idem*.

([44]) Comissão Europeia, *Special rights*…, p. 29.

([45]) Comissão *v.* Portugal, parágrafo 52 (04/06/2002).

([46]) *Comunicação da Comissão relativa*…, ponto 3, parágrafo 8.

garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassarem o que é necessário para atingir este objectivo»([47]). No fundo, está aqui implícito o princípio da proporcionalidade, nas suas diversas vertentes. No acórdão Comissão *v*. Bélgica, não houve condenação do Estado Belga, porque o TJUE entendeu que o direito especial conferido pela *golden-share* detida por este Estado justificava-se pelo objectivo de garantir o abastecimento de energia em caso de crise([48]).

No que toca à existência de medidas restritivas discriminatórias, como a proibição imposta a nacionais de outros Estados-Membros de adquirir mais do que determinado montante de acções, estas só serão admissíveis se forem abrangidas por uma das derrogações previstas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (ordem pública, segurança pública, saúde pública e defesa)([49]).

4.3. Os Direitos Especiais previstos no CSC e a sua incompatibilidade com a livre circulação de capitais

Tendo em conta os direitos especiais conferidos pelas *golden-shares* que o Estado Português tinha na EDP, GALP e PT, verificamos que este possuía a capacidade, exercendo aqueles direitos, de intervir no processo decisório da sociedade, na sua gestão e na estrutura accionista. Desta forma parece claro que o exercício da liberdade de circulação de capitais era menos atraente, os direitos especiais conferidos pelas *golden-shares* eram efectivamente susceptíveis de dissuadir possíveis investidores e de dificultar o investimento directo e o investimento em carteira, pelo que violavam o disposto no art. 63.º/1 do TFUE.

Resta saber se podiam ou não ser justificados à luz do art. 65.º, n.º 1 TFUE. Relativamente às então *golden-shares* detidas na GALP, parece-nos que estavam justificadas, uma vez que através

---

([47]) *Comunicação da Comissão relativa*…, ponto 3, parágrafo 8.
([48]) Comissão v. Bélgica, parágrafo 55.
([49]) *Comunicação da Comissão relativa*…, ponto 3, parágrafo 7.

delas o Estado garantia o abastecimento do País de petróleo, gás ou produtos derivados dos mesmos e, portanto, enquadra-se no art. 65.º/1 TFUE. Porém, apenas se encontrava justificado o direito de veto, relativamente a deliberações que pusessem em causa o abastecimento do País, os outros direitos especiais são claramente desproporcionais. Trata-se, no fundo, de um caso semelhante ao da Bélgica e que o TJUE não condenou. Quanto às *golden-shares* que o Estado detinha na EDP e na PT, não descortinamos qualquer razão imperativa de interesse geral, de segurança pública, que as pudesse justificar, até porque os interesses económicos, como vimos, não podem ser invocados. Poderíamos considerar que se tratavam de empresas de interesse económico geral, e que de acordo com o art. 106.º/2 TFUE ficariam submetidas ao disposto no Tratado, *«na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada»*. Contudo, não cremos que este argumento procedesse por violação do princípio da proporcionalidade. O Estado pode tutelar os interesses que possam estar subjacentes à criação de direitos conferidos por *golden-shares* através das Autoridades Reguladoras Independentes e dos contratos de concessão de serviço público. Concluindo, parece-nos que as *golden-shares* que o Estado detinha na EDP e na PT restringiam a liberdade de circulação de capitais, pelo que eram concretamente incompatíveis com o Direito da União Europeia.

Levanta-se agora a questão de saber qual o impacto das condenações já efectuadas pelo TJUE relativamente aos direitos especiais que as *golden-shares* conferiam no direito societário em geral([50]). Quer dizer, existem inúmeras disposições nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros susceptíveis de restringir a livre circulação de capitais, vejam-se por exemplo os tectos de voto (art. 384.º/2, *b*)), os direitos especiais de veto, de voto plural (art. 250.º/2), de gerência (art. 257.º/3), de quinhoar mais nos lucros, enfim, a própria possibilidade de criar direitos especiais (art. 24.º). Facilmente se percebe que os direitos especiais como

---

([50]) Sobre esta questão v. PEDRO DE ALBUQUERQUE e MARIA DE LURDES PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 93-98.

aqueles que referimos tornam menos atraente a entrada de novos sócios ou o investimento nas sociedades em que existem. Ora, neste sentido, alguma Doutrina alemã entende que, por maioria de razão, também estas disposições deviam ser eliminadas, o disposto na jurisprudência da união europeia deve aplicar-se ao direito societário dos países membros, pelo menos no que diz respeito às empresas negociadas em mercado regulamentado. Aliás, os casos onde se verificaram e continuam a verificar *golden-shares* dizem respeito a um número fixo e limitado de empresas, enquanto o direito societário vale para todas as sociedades em geral, portanto, a violação ao disposto no art. 63.º/1 TFUE tem um impacto deveras maior.

Parece-nos que esta Doutrina não pode valer e, fundamentalmente, por três razões. A primeira e, talvez mais importante para o caso, diz respeito ao facto de os direitos especiais, frequentemente, também constituirem elementos tidos em conta para atrair e fixar investidores e, portanto, exercer a liberdade de circulação de capitais. Em segundo lugar, estar-se-ia a colocar em causa a autonomia privada e a livre iniciativa privada económica, princípios fundamentais dos ordenamentos jurídicos. Por fim, alterar o direito societário e sua harmonização ao nível da União Europeia trata-se de uma tarefa legislativa (do Parlamento Europeu e do Conselho), não podemos aplicar e alterar o direito das sociedades com o disposto nos acórdãos do TJUE.

4.4. Os Direitos Especiais e o Direito de Estabelecimento

De acordo com o disposto no art. 49.º TFUE: *«são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrange igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro.*

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na

acepção do segundo parágrafo do art. 54.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sob reserva do disposto no capítulo relativo aos capitais».

Deste modo o Tratado fixou o direito de estabelecimento enquanto liberdade fundamental, estando regulado nos arts. 49.º a 55.º TFUE. Sem a liberdade de estabelecimento não seria possível alcançar um Mercado Único. É fundamental reconhecer aos nacionais dos Estados-Membros a possibilidade de circularem na União Europeia, enquanto cidadãos comunitários e também enquanto sujeitos e agentes económicos.

O direito de estabelecimento não vale apenas para pessoas singulares, vale igualmente para pessoas colectivas, para as sociedades, é o que podemos concluir do conteúdo do art. 54.º TFUE e da possibilidade, prevista no segundo parágrafo do art. 49.º TCE, de criar agências, sucursais e filiais.

Nas palavras de ALEXANDRE MOTA PINTO, *«estabelecimento é a instalação de um centro permanente de actividade comercial ou profissional por nacionais (pessoas singulares ou colectivas) de um Estado-Membro, no território de outro Estado-Membro, quer na forma de transferência integral da actividade, quer na forma de constituição de agências, sucursais ou filiais, com o objectivo de aceder (ao exercício de) ou exercer actividades, de forma autónoma, com fim lucrativo»*([51]).

Não iremos desenvolver a temática da liberdade de estabelecimento([52]) e matérias conexas como a transferência da sede societária, pois muito há a dizer embora pouco relevante para o presente trabalho. Importa-nos, sobretudo, reter que há duas formas possíveis de estabelecimento: estabelecimento primário e estabelecimento secundário. De acordo com o primeiro parágrafo do art. 49.º TFUE, o estabelecimento secundário realiza-se através da constituição de

---

([51]) MOTA PINTO, "Apontamentos sobre a liberdade de estabelecimento das sociedades", *Temas de Integração*, 1.º Semestre de 2004, n.º 17, Almedina, Coimbra, 2004, p. 72.

([52]) V. CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 274 e ss; ÂNGELA BENTO SOARES, "O Acórdão Inspire Art LDT.: Novo incentivo à mobilidade das sociedades na União Europeia", *Temas de Integração*, 1.º Semestre de 2004, n.º 17, Almedina, Coimbra, 2004.

agências, sucursais ou filiais. O estabelecimento primário pode ser concretizado através de três modalidades: criação de uma sociedade, transferência internacional da sede societária e pelo acesso à gestão ou tomada de controlo de uma sociedade *(take-over control)*, por exemplo, através de uma oferta pública de aquisição([53]).

Parece claro que os direitos especiais podem restringir o exercício da liberdade de estabelecimento. A existência de direitos de veto sobre importantes decisões da sociedade, a exigência de autorização prévia para adquirir participações de uma empresa que ultrapasse certo nível e a imposição de um limite quantitativo máximo de aquisição de acções que conferem o direito de voto, restringem o acesso à gestão e à tomada de controlo da sociedade. Portanto, violando a liberdade de estabelecimento. É este também o entendimento da Comissão: *«A liberdade de estabelecimento compreende [...] o acesso [...] à constituição e à gestão de empresas, [...] nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais. Os nacionais de outros Estados-Membros da União Europeia devem portanto ter o direito de adquirir participações de controlo, de exercer integralmente os direitos de voto inerentes e de gerir empresas nacionais em condições idênticas às fixadas por um determinado Estado-Membro para os seus próprios nacionais»*([54]). Os direitos especiais são susceptíveis de tornar menos atraente o exercício do direito de estabelecimento, impedindo, por exemplo, a aquisição de controlo efectivo de uma sociedade.

À semelhança da liberdade de circulação de capitais, são também admissíveis restrições ao direito de estabelecimento, desde que justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública (art. 52.º/1 TFUE). Estas restrições têm ainda, para serem legítimas, de preencher os critérios já referidos para a livre circulação de capitais: aplicarem-se de modo não discriminatório, justificarem-se por razões imperativas de interesse geral, serem adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassarem o que é necessário para atingir este objectivo.

([53]) CALVÃO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 275.
([54]) *Comunicação da Comissão relativa*…, ponto 2, parágrafo 4.

Como já foi referido, o TJUE não analisou os processos sobre *golden-shares*, do ponto de vista da possível violação do direito de estabelecimento. Mas a verdade é que a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento estão ambas presentes na aquisição por um investidor de participações sociais numa sociedade, nas *«aquisições de controlo societárias»*([55]). Verificamos, portanto, uma estreita ligação entre estas liberdades fundamentais.

Dado o exposto, consideramos que os direitos especiais conferidos pelas então *golden-shares* detidas pelo Estado na EDP, na GALP e na PT restringiam o direito de estabelecimento, assim como os direitos especiais na generalidade são susceptíveis de tal restrição ou de tornar menos atraente o exercício do direito de estabelecimento.

5. Reflexões conclusivas

Partindo do juízo feito pelas instâncias comunitárias (TJUE e Comissão Europeia) aos direitos especiais conferidos pelas *golden-shares* detidas pelos Estados-Membros e atendendo ao Direito da União Europeia, podemos então concluir que os direitos especiais são susceptíveis de restringir a livre circulação de capitais e o direito de estabelecimento, ou pelo menos tornar o exercício desses direitos menos atraente. Veja-se, por exemplo, o direito especial à gerência, facilmente se conclui que a existência deste direito a favor de um sócio, torna menos atraente a entrada de novos sócios e o investimento por terceiros na sociedade em causa, na medida em que quanto à gerência da sociedade não terão qualquer poder, por maior que seja a sua participação social na sociedade.

São inúmeros os direitos especiais susceptíveis de restringir as liberdades mencionadas. Ora, se é verdade que os direitos especiais detidos pelos Estados-Membros sofreram já um juízo negativo por parte da União Europeia, não se compreende que as diver-

---

([55]) Ângela Bento Soares, *ob. cit.*, p. 154, nota 75.

sas legislações comerciais dos diversos Estados-Membros não sofram o mesmo juízo de censura. Na verdade, os diversos ordenamentos jurídicos societários dos Estados-Membros compreendem diversos mecanismos legais susceptíveis de restringir aquelas liberdades. Saliente-se, porém, que ao contrário das *golden-shares* que se restringiam a um número diminuto de sociedades comerciais, já o direito societário de cada Estado-Membro vale para todas as sociedades comerciais desse Estado. Pelo que o seu impacto é deveras superior.

Os direitos especiais previstos pelo CSC constituem mecanismos susceptíveis de violar as liberdades já citadas permitindo blindar as sociedades comerciais a novos indivíduos que pretendam entrar naquelas sociedades.

Neste sentido, não se compreende a incoerência por parte das instâncias europeias ao censurar as *golden-shares*, que mais não eram do que acções privilegiadas que conferiam aos seus titulares, os Estado-Membros, direitos especiais, e não ter a mesma orientação quanto aos direitos especiais em geral e aos outros mecanismos existentes nas legislações societárias dos diversos países que constituem a União Europeia, susceptíveis de restringir o direito de estabelecimento e a liberdade de circulação de capitais.

Por fim, coloca-se então a questão se devem os direitos especiais previstos pelo art. 24.º ser proibidos quando restrinjam as liberdades previstas no TFUE.

No nosso modesto entendimento, a existência de direitos especiais e quaisquer outros mecanismos com intuito de blindar as sociedades comerciais, devem ser vistos como um direito que se enquadra no âmbito da livre iniciativa privada económica, constitucionalmente protegida. A liberdade de iniciativa económica privada é um direito fundamental consagrado no art. 61.º, n.º 1 da CRP: *«[a] iniciativa privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei tendo em conta o interesse geral»*. Esta liberdade constitui a base da nossa constituição económica.

Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA a *«liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido. Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma actividade económica (liberdade de criação de empresa, liberdade de investimento, liberdade de esta-*

belecimento) e, por outro lado, na liberdade de organização, gestão e actividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade do empresário, liberdade empresarial)»([56]).

Esta liberdade pode ser objecto de limitações, nos termos definidos pela Constituição e por lei, tendo em conta o interesse geral. Neste sentido vejam-se os arts. 86.º/3, 83.º e 86.º/2 da CRP susceptíveis de limitar a livre iniciativa privada. No entanto, aquelas limitações não podem gerar uma total incerteza e insegurança jurídicas. Os direitos e as expectativas criados em virtude do exercício da livre iniciativa económica devem ser respeitados, garantindo-se a confiança, a segurança e certeza jurídicas e o respeito pela boa-fé dos sujeitos.

Ora, sendo os direitos especiais, independentemente de restringirem ou não a livre circulação de capitais e o direito de estabelecimento, lícitos à luz do nosso ordenamento jurídico, claramente não o são à luz do Direito da União Europeia. Temos assim um conflito entre um direito fundamental e constitucionalmente consagrado, a livre iniciativa privada económica (art. 61.º/1 CRP) e duas liberdades, duas traves-mestras essenciais fixadas pelo Direito da União Europeia. Sendo que nos termos do art. 8.º/4 da CRP *«[a]s disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático»*. Trata-se do chamado princípio do primado do Direito da União sobre o Direito Nacional, pelo que terminamos este pequeno estudo com a questão relativamente a este conflito — *quid iuris*?

([56]) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa — Anotada — Volume I — Arts. 1.º a 107.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 790.

DA ACÇÃO DE RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE TRABALHO: BREVES COMENTÁRIOS([1])

Pelo Dr. Pedro Petrucci de Freitas

SUMÁRIO:

1. Enquadramento: antecedentes e indicadores relativos à utilização indevida de contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado. **2.** Procedimento em caso de utilização indevida de contratos de prestação de serviços. **3.** Da acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho. **4.** Outros efeitos: a regularização do contrato de trabalho perante a Segurança Social. **5.** Breves conclusões.

([1]) Este texto corresponde parcialmente ao desenvolvimento da exposição do tema "*Novas armas no combate aos falsos recibos verdes e a renovação extraordinária de contratos de trabalho a termo"*, apresentado no dia 11 de Dezembro de 2013 na conferência "*Novos desafios das relações laborais*", organizada pela Confederação do Turismo Português, que teve lugar no Hotel Tivoli, em Lisboa.

1. Enquadramento: antecedentes e indicadores relativos à utilização indevida de contratos de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado

A Lei n.º 63/2013, de 27 de Agosto, instituiu mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado através de um procedimento administrativo da competência da Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) e de um novo tipo de acção judicial, a acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, passando esta última a constar no elenco do art. 26.º do Código de Processo do Trabalho.

O objectivo indicado no art. 1.º desta Lei, ou seja, a instituição dos referidos mecanismos, corresponde a uma intervenção marcadamente política de resposta a um grave problema social, e, quanto a nós, a um culminar de anteriores alterações legislativas([2]/[3]) com

---

([2]) A Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, que instituiu o actual Código do Trabalho, estabeleceu no art. 12.º um regime que potencia uma maior restrição/dissuasão quanto à utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relação de trabalho subordinado ao presumir (presunção *iuris tantum*) a existência de um contrato de trabalho quando se verifiquem algumas das características indicadas nas als. *a)* a *e)* do n.º 1 deste art., agravando, ao mesmo tempo, a punição pela referida utilização (indevida), e sancionando o beneficiário da actividade/empregador com contra-ordenação muito grave punível com coima. A isto acresce a sanção acessória de privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidade ou serviço público até dois anos, em caso de reincidência, para além de determinar que pelo pagamento de coima são solidariamente responsáveis o empregador, as sociedades que com este se encontrem em relações de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, bem como o gerente, administrador ou director, nas condições a que se referem os arts. 334.º e 335.º do Código do Trabalho (v. n.os 2 a 4 do art. 12.º do Código do Trabalho). Sobre a presunção prevista no art. 12.º do Código do Trabalho *vide* a explicação dada no Livro Branco das Relações Laborais, MTSS, 2007, pp. 102 e 103.

([3]) Outra medida legislativa com idêntico objectivo, ainda que indirecto, encontra-se reflectida no n.º 5 do art. 150.º da Lei n.º 110/2009, de 16 de Setembro (Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social), a qual prevê a notificação dos serviços de inspecção da ACT ou dos serviços de fiscalização do Instituto da Segurança Social, I.P., nos casos em que se constitui a obrigação contributiva das entidades contratantes, o mesmo é dizer, sempre que as pessoas colectivas e as pessoas singula-

o propósito de se atingir um nível de *"decent work"*([4]), — tal como propugnado por instâncias internacionais -, e de se eliminar o fenómeno da *precariedade laboral*.

A utilização indevida da figura do contrato de prestação de serviços em relação de trabalho subordinado não é um fenómeno novo, e conduz, inclusivamente, à concorrência desleal entre empresas. Conforme se refere no relatório elaborado pelo Grupo de Acção Interdepartamental da Organização Internacional do Trabalho: *" (...) para a empresa empregadora, a possibilidade de subcontratar tarefas ao trabalhador por conta própria 'dependente' constitui uma oportunidade de poupar custos e de — no fundo — partilhar o risco empresarial. A empresa empregadora não se vê obrigada a pagar contribuições para a segurança social, seguros ou direitos relativos a férias e dias feriados; as transacções relacionadas com a gestão de recursos humanos estão reduzidas ao mínimo e não há lugar a procedimentos e pagamentos com o fim da relação negocial entre as partes"*([5]).

De acordo com este relatório, os trabalhadores por conta própria representam 17,1% do emprego total, dos quais 11,6% são trabalhadores por conta própria como isolados (sem empregados a

---

res, independentemente da sua natureza e das finalidades que prossigam, beneficiem, no mesmo ano civil, de pelo menos 80% do valor total da actividade do trabalhador independente (v. n.º 1 do art. 140.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social). Em suma, o legislador considerou que da prestação, por um trabalhador independente, em mais de 80% do valor da sua actividade a uma única *entidade contratante* (na acepção acolhida pelo Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social) resultaria indiciada uma eventual relação subordinada de trabalho, conduzindo ao accionamento de mecanismos de fiscalização. Não obstante, a nossa experiência profissional tem demonstrado a criatividade das entidades contratantes em contornar a lei, nomeadamente através da imposição aos prestadores de serviços da criação de sociedades unipessoais por quotas, a quem, formalmente, passam a pagar o valor dos serviços prestados.

([4]) Recorremos a uma expressão em voga em diversos documentos de instâncias internacionais que analisam o tema do emprego e do mercado de trabalho, e que pode ser traduzido para português por "trabalho digno".

([5]) Relatório preparado pelo Grupo de Acção Interdepartamental da OIT sobre os países em crise para a conferência *"Enfrentar a Crise do Emprego em Portugal: que caminhos para o futuro?"*, Lisboa, 4 de Novembro de 2013, p. 19, disponível para consulta em <www.ces.uc/ficheiros/files2/versaofinal_OIT_Relat_EnfrentarCriseEmprego_20131101.pdf>.

cargo)([6]), sendo que na EU-27, a percentagem média do trabalho por conta própria relativamente ao emprego total é de 15,8%, sendo 10,2% os trabalhadores por conta própria como isolados([7]). Por seu turno, uma análise dos dados divulgados pela ACT, no que respeita à acção inspectiva no âmbito do trabalho declarado e do trabalho irregular permite identificar 326 casos de regularização de contratos de trabalho dissimulados em 2009, 436 casos em 2010, 1144 casos em 2011 e 396 casos em 2012, tendo, neste último ano, sido efectuadas 64 advertências e registadas 219 infracções([8]).

Independentemente da leitura que se possa fazer destes dados, não pode naturalmente a ordem jurídica deixar de criar mecanismos de combate e penalização de situações inequivocamente violadoras da lei com efeitos nocivos transversais, e com um impacto mais abrangente do que aquele que se possa identificar à partida, se incluirmos neste raciocínio a problemática da sustentabilidade dos sistemas de pensões em face da entrada tardia dos jovens no mercado de trabalho propriamente dito, e pela menor entrada de contribuições que o trabalho dissimulado (e também o trabalho não declarado) representam. De todo o modo, não cumpre aqui efectuar o panorama e análise exaustiva sobre esta concreta temática.

Em face deste contexto e da vontade política que a mesma evidencia, surge assim a nova acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, a qual, pese embora a nota de celeridade que o respectivo *iter* processual denuncia, não é isenta de dúvidas, sobretudo no que respeita ao respectivo regime adjectivo *a se,* mas também em relação aos fins a que se propõe.

De notar que esta acção judicial é precedida de um procedimento a adoptar pela ACT em caso de utilização indevida de contrato de prestação de serviços, o qual não oferece especiais dúvidas ou uma aturada reflexão, se bem que, em boa verdade, e na ausência

---

([6]) Reproduzimos os conceitos referidos neste relatório.

([7]) *Idem*, p. 20. Segundo dados do Instituto Nacional de Estatística constantes deste relatório estimava-se em 77.000 o número de "falsos recibos verdes" em Portugal no ano de 2010 (v. p. 23 deste Relatório).

([8]) Actividade de Inspecção do Trabalho, Relatório de 2012, pp. 123 e 124, disponível para consulta em <www.act.gov.pt>.

deste procedimento, a ACT não se encontrava inibida de promover, no âmbito das suas competências e atribuições, a regularização de contratos de trabalho, e, inclusive, a participação ao Ministério Público (MP), se assim o entendesse([9]). De facto, convenhamos que a ACT, antes da publicação da Lei n.º 63/2013, de 27 de Agosto, estava legalmente habilitada, via acção inspectiva, a promover a regularização da utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado, e a participação das correspondentes infracções à Segurança Social, Administração Tributária e Aduaneira e ao MP([10]). Por outro lado, também não se encontrava o trabalhador lesado de obter a referida regularização por via judicial, através de uma acção de processo comum([11]).

2. Procedimento em caso de utilização indevida do contrato de prestação de serviços

Este procedimento encontra-se regulado no novo art. 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro, e tem início após a verificação pelo inspector do trabalho de indícios de uma situação de prestação de actividade, aparentemente autónoma, em condições análogas ao contrato de trabalho, caso em que lhe incumbe lavrar um auto e notificar o empregador para, no prazo de 10 dias, regula-

---

([9]) De acordo com o disposto nos n.os 1 e 2 do art. 2.º da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro. A este propósito, refere Abílio Neto: *"Como forma de exercer uma acção fiscalizadora, simultaneamente eficaz e preventiva, no combate à utilização dos "**falsos recibos verdes**", o n.º 2 deste artigo atribui competência à Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) e aos serviços do Instituto da Segurança Social, I.P. (ISS, I.P.) para, qualquer um deles, intervir na identificação de situações de dissimulações de contrato de trabalho, de forma a prevenir e desincentivar o incumprimento dos deveres sociais e contributos das empresas e a garantir o direito aos trabalhadores à protecção conferida pelo sistema de segurança social"* (*Código de Processo do Trabalho Anotado*, 4.ª ed., Lisboa, Ediforum, 2010, anotação ao art. 2.º, p. 339).

([10]) O MP pode exercer o patrocínio dos trabalhadores nos termos previstos no art. 7.º, al. *a*), do Código de Processo do Trabalho.

([11]) Conforme diremos adiante, entendemos que a acção de processo comum oferece mais garantias e protecção adequada quando comparada com esta nova acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho.

rizar a situação([12]), ou se pronunciar sobre o que tiver por conveniente. A regularização pelo empregador deverá ser objecto de instrumento formal escrito([13]), com a obrigação de reconhecimento expresso da relação de trabalho subordinado, cabendo a este último cumprir também com o dever de informação a que alude o art. 106.º do Código do Trabalho.

A lei determina o arquivamento do procedimento contra a prova de regularização pelo empregador, mas não resulta, quanto a nós, suficientemente claro se haverá lugar ao pagamento da coima devida pela contra-ordenação prevista no n.º 2 do art. 12.º do Código do Trabalho. Aparentemente, o legislador parece propugnar a inibição da penalização do empregador em caso de regularização voluntária; no entanto, parece-nos que o arquivamento deste procedimento em particular não tem por efeito a despenalização do empregador. Efectivamente, do n.º 2 do referido art. deduz-se que o procedimento se torna desnecessário por efeito de regularização, com o concomitante efeito formal, embora tal não implique que a infracção cometida não seja punida. De facto, estarão em causa duas realidades conexas, mas com âmbitos de incidência diferentes; por um lado, a violação da lei, a qual determina a aplicação de uma sanção, e, por outro lado, o arquivamento de um concreto procedimento que se torna inútil com a regularização voluntária que, *prima ratio*, o mesmo pretende.

Na eventualidade de a regularização em causa não operar no mencionado prazo de 10 dias, a ACT remete, em 5 dias, participação dos factos ao MP acompanhada de todos os elementos de prova recolhidos para fins de instauração de acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho. Conforme referimos, não se trata

---

([12]) Consideramos que para a regularização é bastante um acto adequado por banda do empregador no reconhecimento de um contrato de trabalho, ainda que, no decurso do prazo de 10 dias estabelecido no n.º 1 do art. 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro, esteja em curso a regularização contributiva e fiscal, a qual surge como consequência directa e necessária daquele reconhecimento.

([13]) Não obstante a lei não exigir, em regra, a redução a escrito do contrato de trabalho, o n.º 2 do art. 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro determina que a regularização em causa seja efectuada mediante apresentação de contrato de trabalho ou de documento comprovativo do mesmo.

de um procedimento que a ACT não pudesse anteriormente executar, como de resto, o vinha fazendo, ainda que pudesse seguir outros trâmites. De todo o modo, e aparte a intenção política subjacente, sempre se poderá afirmar que a ACT, enquanto entidade de natureza pública, fica, no âmbito da sua actuação, vinculada a um concreto procedimento formal, o qual, como se depreende, tem um cunho forte de celeridade, atendendo, desde logo, ao prazo de 10 dias conferido ao empregador para proceder à regularização devida. Ainda sobre este procedimento, uma última nota para referir que o legislador, ao contrário do que sucede na acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, e conforme teremos oportunidade adiante de comentar, faz suspender o procedimento de contra-ordenação até ao trânsito em julgado daquela acção, cuja razoabilidade é manifestamente óbvia. Usando o mesmo critério, o legislador poderia também ter optado por admitir o recurso de apelação da decisão proferida no âmbito daquela acção com efeito suspensivo, ao invés de o limitar unicamente a um efeito devolutivo, o que se poderá revelar potenciador de diversas dificuldades e transtornos com claros prejuízos para as partes.

3. Da acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho

A acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho encontra-se regulada nos arts. 186.º-K a 186.º-R do Código de Processo do Trabalho, e tem início após a recepção pelo MP da participação da ACT a que alude o art. 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro, devendo a mesma ser intentada no prazo de 20 dias.

Na petição inicial compete ao magistrado do MP([14]) expor sucintamente a pretensão e os respectivos fundamentos, devendo

---

([14]) Não obstante a obrigação de participação ao MP, parece-nos que este poderá recusar o patrocínio nas condições previstas no art. 8.º do Código de Processo do Trabalho.

juntar todos os elementos de prova recolhidos até ao momento([15]) em conformidade com o previsto no n.º 1 do art. 186.º-L do Código de Processo do Trabalho, sendo o empregador citado para contestar no prazo de 10 dias([16]).

Pese embora a lei não exija forma articulada para a petição inicial e para a contestação, entendemos que a *praxis* processual assim o recomenda; note-se que, apesar de tudo, o legislador não assumiu aqui uma posição coerente, pois que ao trabalhador já exige, caso este pretenda exercer a faculdade que lhe assiste ao abrigo do n.º 4 da mesma disposição legal, a apresentação de um articulado([17]). A este propósito, a lei estabelece que o duplicado da petição inicial e da contestação devem ser remetidos ao trabalhador, com a advertência feita a este último para, no prazo de 10 dias, aderir aos factos apresentados pelo MP, apresentar articulado próprio e constituir mandatário.

A redacção da parte final do disposto no n.º 4 do artigo *supra* mencionado não nos parece a mais feliz. Ao referir que o trabalhador é advertido para exercer uma das duas faculdades indicadas, cria a aparência de que na ausência de qualquer manifestação do trabalhador, leia-se, perante o seu silêncio, tal determinará o não prosseguimento da lide.

Porém, e atendendo a um critério finalístico, consideramos que, neste caso, ou seja, na ausência de qualquer acto subsequente à referida advertência, o processo seguirá os seus termos, man-

---

([15]) A primeira interrogação que esta disposição merece está relacionada com o facto de o legislador indicar, *in fine*, que o MP junta todos os elementos de prova recolhidos *até ao momento* em que dá entrada da acção em juízo. A expressão "até ao momento" pode suscitar a dúvida se o MP poderá apresentar outros elementos probatórios em momento posterior, ou, se pelo contrário, fica também sujeito à disciplina vertida no art. 63.º do Código do Processo do Trabalho, a qual determina que as partes devem oferecer toda a prova com os articulados. Propendemos, no entanto, a considerar que o MP não fica inibido de o fazer em momento posterior, devendo, em todo o caso, ser permitido o correspondente exercício do direito de contraditório pelo empregador.

([16]) O empregador, na qualidade de Réu, tem igual prazo para contestar na acção de processo comum (art. 56.º, al. *a*) do Código de Processo do Trabalho).

([17]) Não definindo os termos em que este articulado deve ser apresentado, parece-nos que o mesmo deve obedecer aos requisitos previstos para a petição inicial conforme prescrito no art. 552.º do Código de Processo Civil.

tendo-se a representação do trabalhador pelo MP([18]). Por outro lado, caso o trabalhador apresente articulado próprio e constitua mandatário, então, nesse caso, o MP deverá cessar a sua representação nos termos previstos no art. 9.º do Código de Processo do Trabalho. No entanto, sobre este último ponto, cabe suscitar as seguintes interrogações: (*i*) pode o trabalhador, no seu articulado, indicar que discorda com a petição inicial apresentada pelo MP, e, consequentemente, pedir que a mesma seja desconsiderada pelo Tribunal? (*ii*) poderá o trabalhador aderir parcialmente à petição inicial, utilizando o articulado próprio para a complementar? (*iii*) poderá o trabalhador indicar neste articulado factos não constantes na petição inicial e, neste caso, ao empregador assistirá o direito de resposta? (*iv*) encontra-se o empregador, em qualquer caso, inibido de responder ao articulado do trabalhador?

Ensaiando uma tentativa de resposta às questões colocadas, diríamos, em primeiro lugar, que o trabalhador, através de mandatário judicial, poderá usar da faculdade a que lhe assiste nos termos da parte final do n.º 4 do art. 186.º-L do Código de Processo do Trabalho para fazer valer os seus direitos em conformidade com o interesse que pretende acautelar. Assim, não nos parece que o trabalhador esteja impedido de utilizar o seu articulado em substituição da petição inicial apresentada pelo MP (pelo menos no que respeita à matéria de facto invocada) ou de o utilizar para aduzir, por exemplo, matéria de Direito que considere por pertinente. No primeiro caso, e querendo fazer valer uma posição diferente daquela que é apresentada pelo MP, ao trabalhador exige-se especial cau-

---

([18]) Atendendo aos interesses que a acção pretende acautelar e ao enquadramento social que lhe é subjacente, pouco sentido faria presumir a referida *advertência* como inibidora do prosseguimento da lide perante o silêncio do trabalhador. Assim o entendemos por considerarmos que não está em causa apenas a protecção do trabalhador e dos seus interesses, mas também um interesse social colectivo associado à rejeição e combate ao trabalho dissimulado, *mutatis mutandis*, à utilização indevida de contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado. De todo o modo, tal não afasta, segundo nos parece, a possibilidade de a lide não prosseguir se o trabalhador manifestar este propósito via desistência da instância ou do pedido (v. art. 285.º do Código de Processo de Civil). Este entendimento, não é, porém, isento de dúvidas. Assim, caso se entenda que o trabalhador não é parte na acção, actuando como mero "assistente" do MP, então a desistência teria que ser promovida formalmente por este último em representação do primeiro.

tela na elaboração e apresentação em juízo do articulado, uma vez que este último acaba, assim o entendemos e sem prejuízo de melhor opinião em contrário, por ganhar a identidade de uma petição inicial devendo, por consequência, obedecer aos respectivos requisitos legais([19]). Quanto à hipótese de poderem ser invocados novos factos não constantes da petição inicial, consideramos que o trabalhador não está impedido de o fazer, sob pena de se prejudicar a faculdade que o legislador lhe concedeu, a que subjaz a garantia de o próprio ver no processo todos os elementos factuais e probatórios necessários à protecção dos seus interesses enquanto principal interessado na lide. Por último, e no que respeita à possibilidade de o empregador poder responder ao articulado do trabalhador, as alterações preconizadas pelo legislador são omissas quanto a este aspecto em concreto. Vários argumentos poderão ser utilizados para afastar esta possibilidade. Desde logo, o facto de se tratar de um processo que o legislador incluiu no âmbito daqueles que têm natureza urgente e oficiosa([20]), dotando-o de prazos curtos em nome do princípio de celeridade característico deste tipo de processos, o que não se demonstra compatível com um maior número de articulados. Por outro lado, ao prever que o articulado próprio do trabalhador pode ser apresentado em juízo após a contestação do empregador, faz ressaltar à evidência que o legislador não pretendeu que este concreto processo tivesse mais qualquer outra fase de articulados. Salvo melhor opinião em contrário, consideramos que a contestação do empregador, nomeadamente em nome dos princípios do contraditório([21]) e da igualdade de armas (v. arts. 3.º

([19]) Note-se que o legislador não define o que se deve entender por "articulado próprio", caso em que se admitindo a possibilidade de o trabalhador querer fazer valer uma posição diferente da que é sustentada pelo MP, este articulado constituirá, em bom rigor, a petição inicial do trabalhador.

([20]) Por inclusão desta acção judicial no elenco previsto no n.º 1 do art. 26.º do Código de Processo do Trabalho.

([21]) Conforme se refere no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18.06.2007 (Fernando Baptista), proc. n.º 0733086: *"O princípio do contraditório só é correctamente observado se for de molde a que cada uma das partes possa, não apenas, deduzir as suas razões, de facto e de direito, e oferecer as suas provas, mas, também, controlar as provas do adversário, discreteando sobre o valor e resultado de umas e de outras"*. Todos os arestos citados encontram-se disponíveis para consulta em <www.dgsi.pt>.

e 4.º do Código de Processo Civil), e, inclusivamente, por decorrência do princípio da igualdade e do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva (v. arts. 13.º e 20.º da Constituição) deveria ser apresentada em último lugar, o que, em termos sistemáticos, implicaria que a petição inicial fosse notificada ao trabalhador para este, querendo, aderir à mesma, ou apresentar articulado próprio e constituir mandatário, após o que seria então o empregador citado para contestar. Nos termos em que o processo se encontra estruturado, a possibilidade de resposta pelo empregador encontra-se afastada, o que não impedirá o Tribunal de a apreciar em nome dos referidos princípios, se, ainda assim, o empregador a apresentar em juízo. É que, convém recordar, competirá ao beneficiário da actividade/empregador o ónus de ilidir a presunção prevista no art. 12.º, n.º 1, do Código do Trabalho([22]). De todo o modo, estamos em crer que tais princípios poderão ficar minimamente salvaguardados, se a faculdade dada ao juiz para proceder às diligências que considere indispensáveis para a boa decisão da causa, permitir o adequado balanço entre os direitos das partes, ou se permitir a referida resposta no início da audiência de partes e julgamento a que alude o art. 186.º-O do Código de Processo do Trabalho, admitindo que esta audiência de partes rege-se em conformidade com o disposto no art. 55.º do mesmo Código, permitindo-se, assim, que o autor exponha sucintamente os fundamentos de facto e de direito da sua pretensão, com o consequente direito de resposta do réu.

No que respeita às restantes normas desta nova acção judicial, há alguns aspectos merecedores de destaque e de comentários. O primeiro, pelo facto de o legislador não ter acautelado devida-

---

([22]) Conforme refere Diogo Vaz Marecos: *"A presunção referida no n.º 1 é uma presunção ilidível, ou seja, pode ser afastada mediante prova em contrário, cf. n.º 2 do art. 350.º do Código Civil. Trata-se de uma presunção a que a doutrina designa por* ***iuris tantum****, ou seja, que admite prova em contrário, e que acarreta a inversão do ónus da prova, fazendo recair sobre a outra parte a prova do contrário do facto que serve de base à presunção ou do próprio facto presumido"* (anotação ao art. 112.º, *Código do Trabalho Anotado*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2012, pp. 102 e 103). No sentido de não se tratar de uma verdadeira presunção, *vide* a anotação ao mesmo artigo de Pedro Romano Martinez (*Código do Trabalho Anotado*, Guilherme Machado Dray e outros, 9.ª ed., Almedina, 2012, p. 138).

mente a discussão de um tema que está longe de ser simples e pacífico, e que não se coaduna, quanto a nós, com a limitação no que respeita à apresentação de apenas 3 testemunhas como meio de prova([23]) e, sobretudo, com a obrigatoriedade de a sentença ser logo ditada para a acta com a conclusão da audiência de discussão e julgamento, ainda que sucintamente fundamentada. Quanto a esta última observação, e sem prejuízo, naturalmente, dos casos em o que o trabalho dissimulado é facilmente apreensível([24]), a distinção entre as duas figuras (contrato de prestação de serviços e contrato de trabalho) está longe de ser estandardizada, e de merecer uma análise pacífica, quer a nível doutrinal, quer a nível jurisprudencial([25]). Não é, de facto, um tema fácil, a julgar pelos inúmeros Acórdãos que se podem consultar sobre a matéria([26]), e pela evolução do tratamento e debate que a mesma tem sofrido ao longo de dezenas de anos. Admite-se, por mera hipótese de raciocínio, que uma análise casuística na apreciação judicial desta distinção e o recurso ao tradicional método indiciário([27]) poderá não servir plena-

---

([23]) Não obstante o limite de 3 testemunhas ser aplicável no procedimento cautelar especificado de suspensão do despedimento (v. n.º 1 do art. 35.º do Código de Processo do Trabalho), este concreto procedimento, apesar de revestir também natureza urgente, é procedido de uma acção principal, a qual permite um maior número de testemunhas. Neste sentido, não nos parece procedente o hipotético argumento de que o limite de testemunhas na acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho é adequado por encontrar paralelo com este procedimento cautelar, na medida em que este último, ao contrário da primeira, permite numa fase posterior realizar uma actividade probatória em sede de acção principal com dimensão superior àquela fixada para a primeira.

([24]) Inclusivamente por via dos elementos recolhidos previamente pela ACT.

([25]) A este propósito, com pertinência e a título exemplificativo, *vide* João Leal Amado, "Prestação de serviços musculada, contrato de trabalho atrofiado", *Questões Laborais*, n.º 30, Ano XIV, Julho/Dezembro 2007, pp. 245 a 249.

([26]) Cf. a listagem de arestos indicada por Abílio Neto com referência aos arts. 11.º e 12.º do Código do Trabalho (*Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar*, 4.ª ed., Lisboa, Ediforum, 2013, pp. 52 a 129).

([27]) A este propósito, refere-se no sumário do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.11.2013 (Mário Belo Morgado), proc. n.º 2867/06.0TTLSB.L2.S1, o seguinte: "I — *Dadas as dificuldades sentidas no desenho de um conceito rígido e absoluto de subordinação jurídica, é sobretudo na operacionalização deste elemento contratual que em regra se recorre ao método indiciário, com base numa «grelha» de tópicos ou índices de qualificação, apesar de o seu elenco não ser rígido e de nenhum deles (isoladamente) assumir relevância decisiva, não sendo assim exigível que todos eles apontem no mesmo sentido* (…)".

mente o combate que o legislador denuncia com a feitura e publicação de um diploma como é o caso da Lei n.º 63/2013, de 27 de Agosto. Porém, impor a prolação de uma sentença a ditar imediatamente para a acta não oferece qualquer garantia que, perante matéria sobejamente tida por complexa, às partes seja oferecida uma necessária garantia na melhor defesa dos seus interesses, nem se afigura propícia a uma justa composição do litígio, porquanto coloca o julgador numa posição ingrata de ter de proferir uma decisão de mérito (em abstracto, de contornos complexos) num curto espaço de tempo.

Note-se que em sede de acção de processo comum a sentença só é imediatamente lavrada por escrito ou ditada para a acta, quando a simplicidade das questões o justificar, porquanto, nas demais situações, a sentença deve ser proferida no prazo de 20 dias (v. n.os 1 e 2 do art. 73.º do Código de Processo do Trabalho). No caso em apreço, e por entendermos que a confirmação (ou não) da existência de um contrato de trabalho está tendencialmente longe de ser uma questão simples, a opção do legislador deveria ter sido a de permitir, também na acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, a aplicação do disposto no art. 73.º do Código de Processo do Trabalho, deixando ao julgador, consoante cada caso, avaliar da maior ou menor dificuldade do *thema decidendi*, e decidir em conformidade.

Em abstracto, a complexidade da matéria exigiria uma maior actividade probatória, o que não é concedido pela limitação de 3 testemunhas prescrita no n.º 3 do art. 186.º-N do Código de Processo do Trabalho. Até à entrada em vigor da mencionada Lei, e para os mesmos efeitos, o trabalhador socorria-se da acção de processo comum, no âmbito da qual poderia apresentar até 10 testemunhas (v. n.º 1 do art. 64.º do Código de Processo do Trabalho).

Com esta acção, e malgrado a prova documental, a qual, pode até ser insuficiente([28]), resulta claro o prejuízo adveniente para o

---

([28]) Não temos por certo que, numa situação de trabalho dissimulado, a prova documental seja, pelo menos em alguns casos, suficiente para a devida apreciação jurídica dos factos que a mesma pretende demonstrar, tendo em linha de conta que o cumprimento de formalidades legais relativas aos contratos de trabalho será inexistente.

trabalhador de se cingir a um número significativamente mais reduzido de testemunhas([29]), valendo o mesmo argumento para a parte contrária([30]).

Outro ponto que merece forte crítica reside no facto de o legislador ter conferido efeito meramente devolutivo ao recurso de apelação a que alude o disposto no art. 186.º-P do Código de Processo do Trabalho, ao invés de admitir o efeito suspensivo, em termos idênticos ao que se encontra previsto no n.º 2 do art. 83.º do mesmo Código. O impacto da decisão judicial tem diversos efeitos, implicando a inscrição retroactiva e o pagamento de contribuições à Segurança Social, — como se depreende da fixação do início da relação de trabalho e da obrigação de comunicação da sentença à ACT([31]) e à Segurança Social —, o que irá originar transtornos vários na eventualidade de o recurso ser favorável e contrariar a decisão do tribunal de primeira instância. Se, com a sentença proferida em primeira instância, é reconstituída uma relação de trabalho desde uma concreta data de início com o correspondente cumprimento de formalidades laborais, fiscais e parafiscais, já o vencimento do recurso obrigará a repor a situação preexistente à reconstituição operada por força da sentença proferida em primeira instância([32]).

Por fim, entendemos que esta acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho não permite outra finalidade que não seja a que o seu *nomen* assim o indica, ou seja, a simples declaração da existência de um contrato de trabalho, impedindo a apre-

---

([29]) O mesmo argumento é válido para o empregador no que respeita à limitação da actividade probatória.

([30]) Sem prejuízo, admitimos válido que a esta posição possa ser contraposto o argumento da suficiência da actividade probatória em face dos elementos que são recolhidos pela ACT no âmbito do procedimento respeitante à utilização indevida de contratos de prestação de serviços.

([31]) Para prosseguimento do processo de contra-ordenação e aplicação de coima.

([32]) Os transtornos e complicações práticas de repor a situação preexistente são manifestas no plano fiscal e parafiscal, mas também naqueles casos em que o "putativo" contrato de trabalho cessou em momento anterior ou coincidente com o da prolação do Acórdão do Tribunal da Relação, sem que este tribunal superior tivesse tomado conhecimento *ex oficio* ou por iniciativa das partes daquela cessação. Pense-se na hipótese de a relação contratual ter terminado por acordo de revogação contra o pagamento de uma compensação global, ou até por despedimento…

ciação de outros pedidos por banda do trabalhador. Assim parece apontar a interpretação global da lei, mas também o disposto no n.º 8 do art. 186.º-O do Código de Processo do Trabalho que baliza a sentença àquele reconhecimento. Também aqui consideramos que a acção deveria ter uma finalidade mais abrangente, permitindo, entre outros, a fixação da retribuição do trabalhador([33]) e o seu enquadramento profissional na organização do empregador. Não o permitindo, o trabalhador, salvo se o contrário resultar, por hipótese, do acordo das partes, é forçado a intentar uma outra acção judicial para fazer valer outros direitos. Pense-se também na hipótese mais imediata de o trabalhador pretender receber o pagamento de prestações que considere devidas([34]) (ex.: pagamento por trabalho suplementar ou dos subsídios de férias e de Natal). Ao trabalhador não resta assim outra hipótese que não seja a de intentar uma nova acção contra o empregador, *in casu*, uma acção de processo comum.

([33]) Este ponto assume especial acuidade, desde logo, porque perante a dificuldade na quantificação da retribuição devida e eventual decomposição, ganhar-se-ia a oportunidade de, em processo judicial, as partes poderem socorrer-se do mecanismo que permite a determinação judicial do valor da retribuição (v. art. 272.º do Código do Trabalho). Por outro lado, a conversão das quantias pagas pela prestação de serviços (ou pelo trabalho dissimulado) poderá ser uma tarefa complexa, pois implicará aplicar os critérios legais de determinação da retribuição, inclusive, sendo o caso, com recurso às disposições de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável, importando também o pagamento das prestações retributivas suplementares dos subsídios de férias e de Natal (com pagamento retroactivo), salvo nos casos em que estas prestações eram já liquidadas pelo beneficiário da actividade/empregador. Propendemos a considerar, salvo melhor opinião em contrário, que a quantia paga, sem mais, ao trabalhador durante o período de trabalho dissimulado, servirá para o apuramento da retribuição base, a que acrescerá o pagamento de eventuais prestações devidas por força de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou dos usos da empresa. De todo o modo, estamos em crer que se trata de uma questão complexa a reclamar uma análise casuística.

([34]) Propendemos a considerar que poderia ter sido adoptada uma solução equivalente à que se encontra prevista na al. *c*), n.º 3, do art. 98.º-J do Código de Processo do Trabalho para a acção de impugnação da regularidade e da licitude do despedimento, a qual permite a reclamação de créditos emergentes do contrato de trabalho, da sua violação ou cessação, através de articulado que poderá ter lugar após ser proferida a sentença que declare o despedimento ilícito, correspondendo, nas palavras de VIRIATO REIS e DIOGO RAVARA *ao lugar e momento próprio para o trabalhador alegar os factos necessários para a definição e concretização dos seus direitos* ("A ação especial de impugnação da regularidade e da licitude do despedimento — aspetos práticos", *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.os 91 e 92, Janeiro-Abril/Maio-Agosto de 2012, Coimbra Editora, pp. 200 e 201).

4. Outros efeitos: a regularização do contrato de trabalho perante a Segurança Social

A regularização do contrato de trabalho perante a Segurança Social poderá ocorrer voluntariamente e em momento anterior ao procedimento previsto no art. 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro, no âmbito do mesmo, ou por efeito da acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho. Nos últimos casos, parece-nos, com as necessárias adaptações, que terá lugar o regime que se encontrava anteriormente previsto no Decreto-Lei n.º 124/84, de 18 de Abril, alterado pelos Decretos-Leis n.os 201/95, de 1 de Agosto, 330/98, de 2 de Novembro, e 14/2007, de 19 de Janeiro, actualmente regulado nos arts. 254.º e ss. do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social.

De acordo com este regime, é possível proceder a uma inscrição retroactiva([35]), podendo, entre outros, servir como meio de prova a certidão de sentença resultante de acção de foro laboral intentada contra a entidade empregadora e a instituição gestora da segurança social para reconhecimento da relação de trabalho, respectivo período e remuneração([36]). Sucede, no entanto, que este regime tem carácter excepcional, e depende de autorização pela Segurança Social conforme resulta do disposto no n.º 1 do art. 254.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social; mais resulta deste preceito que a autorização incide sobre uma obrigação que se encontre pres-

---

([35]) Com exclusão dos trabalhadores rurais nos termos do n.º 3 do art. 255.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social.

([36]) No sumário do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.09.2013 (Paula Leal de Carvalho), proc. n.º 577/12.8TTLMG.P1, pode ler-se o seguinte: "*I. O Tribunal do Trabalho é materialmente competente para conhecer da acção que visa o reconhecimento da existência de um contrato de trabalho, designadamente, para os efeitos a que se reportam os arts. 254.º e 255.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial da Segurança Social, aprovado pela Lei 110/2009, de 16.09, da "acção de foro laboral" a que se refere o art. 256.º, n.º 1, al.* c*), do citado Código. II. Todavia, carece o referido Tribunal de competência material para conhecer do pedido de "autorização" para a inscrição do trabalhador na Segurança Social e do pagamento das contribuições devidas quer pelo trabalhador, quer pelo empregador*."

crita([37]), ou quando esta obrigação não existia por, à data da prestação de trabalho, a actividade não se encontrar obrigatoriamente abrangida pelo sistema de segurança social (o que não tem manifestamente aplicação na situação que temos vindo a tratar).

Tratando-se de um procedimento excepcional e sujeito a autorização, a qual carece de requerimento das entidades empregadoras faltosas ou dos trabalhadores interessados, propendemos a considerar que a Segurança Social, no caso desta nova acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, fará a distinção entre obrigações que já se encontrem prescritas, caso em que poderá autorizar o respectivo pagamento nos termos deste concreto regime([38]), sujeito, no entanto, a requerimento do trabalhador ou da entidade empregadora faltosa, e, no que respeita a obrigações que não se encontrem prescritas, notificará a entidade empregadora para proceder ao pagamento devido.

No primeiro caso, contudo, a taxa relativa ao pagamento voluntário de contribuições será de 26,9% ou 22,7% tendo por base a base de incidência fixada no art. 259.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social([39]), e, no segundo caso, aplicar-se-á, sendo o caso, a taxa do regime geral, actualmente correspondente a 34,75%.

Estamos em crer que o procedimento administrativo a desencadear pelos serviços da Segurança Social fará, no acto de notificação para liquidação do pagamento devido, a distinção, fundamentação e aplicação diferenciada, consoante estejam em causa obrigações prescritas([40]), não prescritas, ou ambas, em relação ao período de acti-

---

([37]) O prazo de prescrição relativo ao pagamento de contribuições e quotizações devidas à Segurança Social é de 5 anos nos termos do disposto no n.º 1 do art. 187.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social e do n.º 3 do art. 60.º da Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro). Idêntico prazo vale para a prescrição do procedimento de contra-ordenação (art. 52.º da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro).

([38]) Aplicado "forçosamente" com as devidas adaptações.

([39]) Cf. arts. 258.º e 260.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social.

([40]) Sobre a prescrição de contribuições para a Segurança Social, *vide*, entre outros, os Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul de 23.04.2013 (Joaquim Condesso), proc. n.º 04416/10 e de 14.02.2007 (José Correia), proc. n.º 01573/07.

vidade profissional (retroactivo) a considerar, o qual só poderá ser igual àquele que resulta da sentença na parte em que esta fixa a data de início do contrato de trabalho.

Se assim for, e estando este entendimento correcto, não cremos que, em relação ao segundo caso acabado de referir, que o empregador esteja impedido de deduzir os valores das quotizações anteriores na retribuição subsequente([41]), contanto que observadas as condições e limites impostos nos termos previstos nos n.os 1 a 3 do art. 279.º do Código do Trabalho, ou de as partes acordarem uma compensação de créditos.

Por outro lado, admitimos que as partes possam requerer a restituição das contribuições pagas, enquanto trabalhador independente, ou entidade contratante, nos termos do disposto no art. 267.º e ss. do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social. Sem prejuízo, convém referir que só é legalmente admissível a restituição de contribuições e quotizações indevidamente pagas, estabelecendo a lei que só se consideram as mesmas indevidas quando o respectivo pagamento não resulte da lei, designadamente, no âmbito do enquadramento, da base de incidência e da taxa contributiva. Poder-se-á, em todo o caso, contrapor que, no caso de trabalho dissimulado, e enquanto vigorou o enquadramento aplicável, as contribuições e quotizações eram efectivamente devidas, pelo que não há lugar a qualquer restituição.

Porém, cremos que se pode sustentar um entendimento favorável à restituição partindo da "cláusula aberta" que o recurso ao advérbio de modo designadamente parece sugerir (v. n.º 2 do *supra* referido art. 267.º), e do facto de que a regularização (com efeitos retroactivos) repõe o enquadramento correcto *ab initio*, tornando assim indevido o que o não era se a regularização não tivesse de ter lugar([42]).

([41]) Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 11.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social. Note-se que terá de ser pago o montante correspondente às quotizações que seriam devidas, o qual, ao contrário do que sucede numa situação normal, não pode ser deduzido de retribuições que não foram pagas ao trabalhador, pois respeitam a um período em que este não auferiu retribuição pela prestação de trabalho subordinado, mas sim por prestação de serviços.

([42]) Isto, sem prejuízo do mecanismo da redução dos valores a restituir previsto no

Por fim, estamos em crer que a necessária articulação entre a comunicação da sentença aos serviços da Segurança Social, e a actuação administrativa desta perante o empregador e o trabalhador exigiriam a criação/adaptação de um regime e instrumentos formais próprios.

5. Breves conclusões

Em face de todo o exposto, diríamos sumariamente o seguinte:

i) O fenómeno dos "falsos recibos verdes", bem como de outras situações em clara violação da lei exige uma reprovação, penalização e intervenção das autoridades públicas em nome dos interesses dos trabalhadores, ao qual se identifica também um interesse colectivo se considerarmos a infracção que se pretende combater como prejudicial para os interesses da comunidade.

ii) No actual contexto urge promover o designado *"decent work"*, pelo que se compreendem as medidas que se traduzem no procedimento para a regularização do trabalho dissimulado a adoptar pela ACT e a nova acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho.

iii) No entanto, a primeira poderá ter a vantagem de vincular a ACT a um concreto procedimento dotado de celeridade, e com ganhos de transparência para as partes envolvidas, representando, em caso de sucesso, leia-se, com a regularização de trabalho dissimulado, a protecção do trabalhador, evitando-se também litígios judiciais.

iv) Ao mesmo tempo, poder-se-á questionar se este procedimento obrigaria a uma produção legislativa, e se o

---

n.º 2 do art. 269.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social.

regime anteriormente em vigor não seria suficientemente apto a prosseguir os fins pretendidos.

v) De todo o modo, estamos em crer que é a acção judicial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, apesar de nos associarmos aos objectivos a que a mesma preside, que poderá suscitar dúvidas no plano prático ou operacional, revelando-se, *quiçá*, pouco protectora dos interesses do trabalhador.

vi) De facto, esta acção parece-nos susceptível de colidir com os princípios do contraditório, da igualdade de armas e do acesso ao Direito è a tutela jurisdicional efectiva, ao não permitir, pelo menos aparentemente/ /tendencialmente, o exercício do contraditório e do direito de defesa em relação ao articulado do trabalhador, isto, sem prejuízo destes princípios poderem ser salvaguardados pelo juiz, designadamente, através do mecanismo de suspensão da audiência de partes e julgamento previsto no art. 186.º-O do Código de Processo do Trabalho e da possibilidade de ser assegurado o direito de resposta no início da audiência.

vii) Por outro lado, reduz a actividade probatória com a imposição de um limite de 3 testemunhas, o que poderá ser prejudicial para as partes.

viii) A imposição dada ao julgador de ditar a sentença imediatamente para a acta é reveladora do desconhecimento relativo à complexidade que a distinção entre a figura do contrato de prestação de serviços e o contrato de trabalho oferece, e não nos parece viável em termos práticos.

ix) Por fim, ao não permitir o efeito suspensivo da sentença proferida pelo tribunal de primeira instância, a lei potencia um desfecho que seria inimaginável para o trabalhador, a quem se pretende oferecer protecção. É que, em caso de sucesso do recurso apresentado pela parte vencida, as partes terão de enfrentar os transtornos, custos e burocracias de reporem a situação tal como existia, isto

depois de tudo o que terá envolvido o enquadramento laboral, fiscal e parafiscal em obediência à sentença de primeira instância…

x) Segundo cremos, a certeza do Direito confirmada em sede de recurso era preferível, ainda que a mesma privasse temporariamente o trabalhador de gozar da protecção a que o reconhecimento de contrato de trabalho sempre lograria a final, se fosse esse o desfecho da demanda judicial.

xi) Poderiam e deveriam ter sido devidamente acautelados os transtornos e complicações que uma decisão favorável em sede de recurso poderá provocar.

xii) Por último, estamos também em crer que o legislador deveria ter criado mecanismos de articulação entre a acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho e os procedimentos formais e regime próprio da Segurança Social com a adaptação a esta nova acção dos mecanismos já existentes.

Lisboa, 9 de Janeiro de 2014

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 05-03-2013(*)
Proc. n.º 10512/03.9TBOER.L1.S1

Relator: Abrantes Geraldes

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

I — AA entretanto falecida, tendo sido habilitados os seus herdeiros BB e CC, intentou ação declarativa de condenação com processo ordinário contra DD, EE e FF.

A A. alegou que em 9-1-92 foi apresentado à 3.ª R., na qualidade de notária, para aprovação, um testamento alegadamente outorgado por GG, no qual nomeava sua universal herdeira HH com quem vivia maritalmente. Porém, tal testamento havia sido forjado pela referida HH, e as declarações contidas no respectivo instrumento de aprovação não correspondem à verdade. Assim, ambos os documentos são falsos.

Por outro lado, sempre o testamento seria nulo, ao abrigo do disposto no art. 2197.º do CC, pois que na aprovação do testamento interveio como testemunha a sua beneficiária, a referida HH.

(*) O acórdão foi publicado na Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano XXI, T. 1/2013, n.º 246, pp. 122-126 e disponibilizado na base de dados <www.dgsi.pt>. Por razões de uniformização, a ortografia seguida no presente escrito foi atualizada em conformidade com o Acordo Ortográfico de 1990.

Assim, atendendo à falsidade e, subsidiariamente, à nulidade do testamento, a única herdeira de GG, à data do falecimento deste, ocorrido em 28-1-94, era a sua irmã, II, de quem a A. é herdeira testamentária, tendo, por isso, interesse na herança daquele.

Terminou pedindo:

a) Que fosse declarado falso o testamento de 20-12-81, por não corresponder à vontade de GG e não ser do seu punho a letra do mesmo;

b) Que fosse declarado falso o instrumento notarial de 28-1--92 que aprovou o testamento, por não corresponder à verdade a declaração de que o seu texto era do punho do testador, sendo falsa a sua assinatura;

c) Que fosse declarado que o aludido testamento é inválido e ineficaz e que, em conformidade, não fosse reconhecida a qualidade de herdeiros ao 1.º e ao 2.º RR.;

d) Que fosse reconhecida como herdeira legítima de GG sua irmã II, já que à data do óbito aquele não tinha descendentes, nem ascendentes, nem outros colaterais;

e) Que a A. AA fosse reconhecida como herdeira testamentária de II;

f) Que os 1.º e 2.º RR. fossem condenados a restituir os bens da herança do falecido GG à A.;

g) Que os 1.º e 2.º RR. fossem condenados a restituir à A. os rendimentos dos aludidos bens, desde que deles tomaram posse.

Para o caso de não se provar a falsidade do testamento e do instrumento de aprovação notarial, então deveria:

h) Ser declarada a nulidade desses instrumentos nos termos do art. 2197.º do CC e, em consequência, condenados os 1.º e 2.º RR. a restituírem à herança os bens móveis e imóveis da herança de GG nos termos do art. 289.º do CC ou, se a restituição em espécie não fosse possível, o valor correspondente;

i) Fossem os 1.º e 2.º RR. condenados a restituir os bens da herança do falecido GG à A.;

j) Que fossem condenados o 1.º e o 2.º RR. a restituir igualmente à A. os rendimentos dos aludidos bens, desde que os RR. deles tomaram posse.

Os 1.º e 2.º RR. contestaram. Por exceção, invocaram a confirmação do testamento de GG por parte de II e a falta de aceitação da herança por parte desta. Por impugnação, negaram a falsidade dos mencionados documentos e a pretensa nulidade do testamento, além de que a eventual nulidade da disposição a favor de HH não atingiria a parte restante do testamento, já que havia herdeiro substituto.

Para o caso de se reconhecer o direito da A. à herança de GG, pediram, em reconvenção, que se decidisse que os RR. haviam adquirido por usucapião todos os bens móveis existentes na herança de GG que à sua posse haviam chegado por via da sucessão legal de HH.

A R. FF também contestou, negando as aludidas falsidades que são imputadas ao ato notarial em que interveio como Notária.

A A. replicou, pugnando pela improcedência das exceções deduzidas e da reconvenção.

Realizou-se julgamento, tendo a final sido proferida sentença que julgou a ação improcedente e absolveu os RR. dos pedidos, ficando prejudicado o pedido reconvencional, por ter sido formulado na condição de a ação proceder.

Os Autores (sucessores habilitados da primitiva autora) apelaram da sentença, a qual foi confirmada.

Interpuseram então recurso de revista, tendo concluído que:

a) Não se pode presumir que se o testador tivesse previsto a hipótese da invalidade do testamento ou da deixa testamentária, se manteria a vontade de instituir seu herdeiro substituto o CC *[assinala-se que o CC aqui mencionado não é o mesmo CC herdeiro habilitado de AA]*;

b) Com efeito, se o testador tivesse previsto a hipótese da invalidade da disposição testamentária pareceria de toda a

lógica que, pelo simples facto de mudar a pessoa do herdeiro instituído, não teria qualquer razão para, nessa substituição, deixar cair tudo quanto minuciosamente dispusera no encargo da proteção da irmã gémea, desinteressando-se agora totalmente da sorte desta;

c) Na verdade, a interpretação da deixa testamentária feita pelo acórdão recorrido não legitima que se entendesse de presumir razoável que o testador tivesse querido, em caso da invalidade da disposição, abandonar a proteção da sua irmã gémea II, de 84 anos;

d) O art. 2187.° do CC, ao estabelecer os princípios a que há-de obedecer a interpretação dos testamentos, determina que deve ser observado o que parecer mais ajustado com a vontade do testador, conforme o contexto do testamento;

e) O acórdão recorrido fez, assim, interpretação incorreta da citada norma jurídica aplicável, porquanto o testador apenas previu a hipótese da pré-morte da herdeira HH, a qual não ocorreu;

f) Só estando prevista a pré-morte da HH, não podia entender-se (presumir-se) que avançava o CC, como herdeiro substituto, noutras circunstâncias como a da invalidade da deixa;

g) Não é possível presumir a vontade do testador que não tenha no contexto do testamento ou da deixa um mínimo de correspondência expressa, correspondência essa que não se verifica, de alguma forma, no caso do testamento *sub judice*;

h) Não sendo admissível a interpretação feita pelo acórdão recorrido, estamos perante uma disposição testamentária nula, não avançando o herdeiro substituto, por falta de título de vocação sucessória;

i) Não sendo reconhecida a qualidade de herdeira à HH e, em consequência, aos recorridos, funciona a mecânica do art. 2133.° do CC que estabelece o modo como são chamados à sucessão os herdeiros legítimos;

j) No caso vertente, a sucessora legítima de GG era sua irmã II, falecida no estado de viúva e sem descendentes ou ascendentes — art. 2133.° do CC;

k) Como a II já falecera, deixando como herdeira testamentária a primitiva A. (mãe dos Recorrentes BB e irmão), estes são legítimos A.A. e ora Recorrentes.

Houve contra-alegações.
Colhidos os vistos, cumpre decidir.

II — Factos provados:

1. Por testamento lavrado a fls. 34 v.º do livro de testamentos públicos n.° 404, no dia 30-5-90, por II foi dito *"quer que seu marido, JJ, seja seu universal herdeiro. No caso, porém, de ele não lhe sobreviver, quer que todos os seus bens revertam para AA..."*.

2. II faleceu no dia 16-11-97, no estado de viúva de JJ; era irmã de GG que faleceu no dia 28-1-94, no estado de viúvo.

3. Por escritura pública de 26-11-98, lavrada no Cartório Notarial de Oeiras, a primitiva A. declarou *"... que é cabeça-de--casal, na herança aberta por óbito de II ... que a falecida não deixou descendentes, nem ascendentes vivos, mas deixou testamento outorgado neste Cartório no dia 30-5-90, exarado a folhas 34 do livro de testamentos número 404, no qual instituiu universal herdeiro seu marido (JJ) e, caso ele não lhe sobrevivesse, AA)"*.

4. A 3.ª R. FF exercia as funções de Notária no 5.º Cartório Notarial de Lisboa em 8-1-92.

5. Em 8-1-92, o doc. que consta de fls. 33 e 34 e que integra a certidão de instrumento de leitura de testamento cerrado foi apresentado à Notária do 5.° Cartório Notarial para aprovação.

Em tal documento, aprovado por instrumento de 8-1-92, é feita a seguinte declaração:

"Pelo presente testamento disponho de todos os meus bens ou direitos que à hora da minha morte me pertencerem, do modo

seguinte: instituo minha universal herdeira, de todos os meus bens, direitos e ações a senhora HH, divorciada, natural da freguesia e concelho da ..., Algarve, residente na Rua ..., número vinte e quatro, freguesia de ..., concelho de Oeiras.

A esta minha herdeira deixo o encargo de prestar toda a assistência financeira que ela necessitar à minha irmã gémea II, de modo a que lhe venha a ser proporcionada uma subsistência condigna quer em suas próprias casas quer em caso de necessidade de internamento em qualquer instituição médica ou de saúde ou de apoio à terceira idade, por forma que nada lhe falte durante a vida.

Se à hora da minha morte aquela HH já houver falecido, instituo então meu único e universal herdeiro de todos os meus bens, direitos e ações, que à hora da minha morte me pertencerem, o filho do meu maior amigo de infância, CC (...).

Na eventualidade deste vir a ser meu herdeiro, deixo ao mesmo o encargo de com a totalidade dos bens por mim herdados constituir e gerir uma fundação que terá o nome do meu avô paterno «LL»..."

6. A 3.ª R., no instrumento de aprovação do testamento referido, declarou que:

"No dia oito de Janeiro de mil novecentos e noventa e dois, nesta cidade de Lisboa e Quinto Cartório Notarial, perante mim, licenciada FF, Notária respectiva, compareceu o Sr. GG, viúvo ... residente em Paço de Arcos ... na Rua ... ... pessoa cuja identidade verifiquei pela exibição do seu bilhete de identidade do Centro de Identificação civil e Criminal n.º ... de 14-10-88".

7. No instrumento de aprovação, a 3.ª R. referiu ainda:

"... e por ele (GG) me foi apresentado o testamento, declarando-me que o mesmo contém, as últimas disposições de sua última vontade, que foi escrito e assinado por ele testador, que não contém palavras emendadas, truncadas ...".

E ainda:

"*Foram testemunhas deste ato — D. HH, divorciada, residente na morada do testador e MM (mas que assina como NN), divorciado, residente na Rua ...*".

E mais:

"Este instrumento de aprovação foi lido ao testador e feita a explicação do seu conteúdo em voz alta e na presença simultânea de todos".

8. GG compareceu no ato de aprovação do testamento cerrado, exibindo um testamento cerrado para ser lavrado o instrumento notarial de aprovação.

9. Identificou-se através do seu bilhete de identidade e não pediu à Notária para ler o testamento, limitando-se a S.ra Notária a fazer as verificações exigidas por lei.

10. O bilhete de identidade de GG referido no texto do documento aprovado por instrumento de 8-1-92 tem como data de emissão ....

11. A 3.ª R., Notária, leu em voz alta ao testador o instrumento de aprovação.

12. A mesma 3.ª R., Notária, não leu o testamento; e o testamento cerrado não foi lido no ato da sua aprovação.

13. A 3.ª R., Notária, mesma apenas lavrava os atos na presença dos intervenientes e sempre perguntava em relação às testemunhas se eram *"marido e mulher"* ou se *"iriam adquirir quaisquer vantagens patrimoniais por efeito desse ato"* de que eram testemunhas, nada tendo dito o testador a este respeito.

14. O texto do testamento está escrito naquilo que se chama *"letra de imprensa ou letra de forma"*.

15. No texto do testamento, o GG escreveu que é viúvo e que tem o bilhete de identidade de 1988.

16. O GG enganou-se na data por ele posta no texto do testamento cerrado; a data correta seria 1991.

17. A 3.ª R., Notária, lavrou o auto que foi assinado na sua presença pelo próprio testador e pelas testemunhas; a mesma não se apercebeu de que uma das pessoas contempladas no testamento testemunhou o ato de aprovação.

18. As assinaturas, quer do testamento, quer a feita no auto da sua aprovação, são semelhantes ou iguais, sendo iguais às que constam dos bilhetes de identidade do testador emitidos em 1983 e 1988.

19. O conteúdo do documento não foi lido em voz alta.

20. GG faleceu em 28-1-94.

21. Após 24-2-94, a HH continuou a viver na casa do falecido GG, na Rua ....

22. Em 24-2-94 foi lavrado instrumento de abertura de testamento cerrado de GG aprovado em 8-1-92.

23. O 1.º R. EE [*trata-se de lapso; deve ler-se DD*] e HH contraíram matrimónio no dia 11-7-70.

24. A HH e o 1.º R. EE *[trata-se de lapso; deve ler-se DD]* divorciaram-se por sentença decretada em 23-6-81, transitada em julgado em 10-7-81, proferida pelo 2.º Juízo, 1.ª Secção do Tribunal de Família de Lisboa, mas a HH casou de novo com o 1.º R. em 17-2-84, na cidade de Gainsville.

25. O 2.° R. EE é filho de HH e do 1.º R. EE *[trata-se de lapso; deve ler-se DD]*, e nasceu no dia 23-5-84.

26. No assento de nascimento de EE consta o seguinte averbamento "*rectificado no sentido de que o estado dos pais à data do nascimento do registado era de casados*".

27. O 1.º R. EE [*trata-se de lapso; deve ler-se DD*] ausentou-se para os Estados Unidos da América em meados do ano de 1982.

28. A HH regressou a Portugal em Setembro de 1989.

29. Em data não concretamente apurada, mas em finais de 1989/1990, GG passou a viver maritalmente com HH em comunhão de mesa e habitação.

30. HH faleceu em 21-9-94.

31. O 1.º R. DD é viúvo de HH.

32. O 1.° e 2.° RR. habilitaram-se à herança de HH e adquiriram todos os bens móveis e imóveis do *de cujus* GG que à data da

sua morte eram conhecidos, o que perdura desde 21-9-94, até à data da propositura da ação.

33. Nos meses que se seguiram ao falecimento da HH, o 1.º R. EE *[trata-se de lapso; deve ler-se DD]*, na posse do doc. cuja cópia se encontra a fls. 33-34, passou a utilizá-lo para inscrever em seu nome e do 2.° R., seu filho, todos os bens pertencentes à herança do falecido GG.

III — Decidindo:

1. Embora tenham sido formalmente deduzidos diversos pedidos, estamos, no essencial, perante uma ação de petição de herança regulada nos arts. 2075.º e segs. do CC, em que é pedido o reconhecimento de que II, de que a A. é herdeira testamentária, sucedeu ao seu irmão GG. Passo essencial para que, ao abrigo do disposto no art. 2058.º do CC, à primitiva A. (entretanto já falecida e habilitada) seja conferido o direito de reclamar a entrega dos bens da herança de GG que se encontram na posse dos RR([1]).

Ainda que nos seus efeitos práticos apresente algumas semelhanças com a ação de reivindicação, é a invocação da qualidade de herdeiro que na ação de petição de herança justifica o pedido de reconhecimento da qualidade sucessória e a invocação do direito à entrega dos bens integrantes do acervo hereditário do *de cujus* (Acs. do STJ, de 29-10-09 e de 2-3-04, <www.dgsi.pt>).

Tal pretensão depende essencialmente da resposta que for dada à seguinte questão: prevista no testamento a substituição direta a que se reporta o art. 2281.º do CC para o caso de a herdeira instituída falecer antes do testador, a devolução da herança para o herdeiro substituto ocorre também se se verificar a nulidade da disposição testamentária principal?

([1]) A *petição de herança* define-se como a "pretensão ao reconhecimento da qualidade de herdeiro e à entrega de bens da herança possuídos por terceiro" (Galvão Teles, *O Direito*, ano 94.º/165).

Sobre essa ação e suas características cf. Antunes Varela, RLJ 120.º/154, Galvão Teles, Col. Jur. 1983, tomo III, pp. 5 e segs., e Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, p. 41.

Os AA. recorrentes consideram que deve ser dada resposta negativa, concluindo que, em face daquela nulidade, foi chamada à sucessão legítima a irmã do testador, o que foi negado em ambas as instâncias.

2. Vejamos:

— GG faleceu em Janeiro de 1994, sobrevivendo-lhe a sua irmã II;

— Deixou testamento em que instituiu como única herdeira HH com quem vivia em união de facto;

— Esta veio a falecer em Setembro de 1994, sucedendo-lhe como herdeiros legitimários o seu marido e o filho, ora RR.;

— Entretanto II veio a falecer em 1997, deixando testamento a favor da primitiva A;

— Do testamento deixado por GG consta a instituição, como herdeira testamentária principal, de HH. Mas dele constava ainda que:

"Se à hora da minha morte aquela HH já houver falecido, instituo então meu único e universal herdeiro de todos os meus bens, direitos e ações, que à hora da minha morte me pertencerem, o filho do meu maior amigo de infância, CC (...)".

Na eventualidade deste vir a ser meu herdeiro, deixo ao mesmo o encargo de com a totalidade dos bens por mim herdados constituir e gerir uma fundação que terá o nome do meu avô paterno «LL»";

— Apesar da relação de parentesco que existia entre o testador e a sua irmã II, esta não foi indicada no testamento como herdeira, mas tão só beneficiária de um encargo que foi colocado sobre a herdeira testamentária HH;

— Aberta a sucessão por óbito de GG, veio a constatar-se que no ato de aprovação do seu testamento interviera como testemunha a beneficiária direta HH que nele fora

designada como herdeira, o que legalmente era cominado com a nulidade da deixa testamentária, nos termos do art. 2197.º do CC.

3. Contra a norma imperativa do art. 2197.º do CC, a beneficiária HH interveio como testemunha no ato de aprovação do testamento cerrado que foi deixado por GG em que foi indicada como herdeira, o que afectou irremediavelmente a validade da deixa testamentária([2]).

Tal não basta, porém, para que à irmã do testador, II, a quem a primitiva A. sucedeu, seja reconhecida a qualidade de herdeira legítima de GG, direito que, por morte daquela, se transmitiu para a primitiva A., como se não tivesse existido qualquer testamento. Um obstáculo de vulto se interpõe àquele reconhecimento e a esta transmissão.

As instâncias consideraram tal pretensão prejudicada pela aplicação do disposto no art. 2281.º do CC, norma que, acautelando os casos de a beneficiária principal "não poder ou não querer aceitar a herança", remete a sucessão para o substituto que diretamente tenha sido instituído. Paralelamente interpretaram a deixa testamentária de modo a abarcar não apenas a situação expressamente prevista (pré-falecimento da beneficiária), mas ainda a eventualidade de ser declarada nula a disposição testamentária, asseverando que essa extensão se contém na previsão abstracta do referido preceito.

Trata-se de uma conclusão que deve ser confirmada.

4. Determina o art. 2281.º, n.º 1, do CC, relativamente à substituição direta, que o "*testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro instituído para o caso de este não poder ou não querer*

([2]) Como referem Antunes Varela e Pires de Lima, em *CC anot.,* vol VI, p. 320, trata-se de uma *providência preventiva* destinada a evitar de modo radical fraudes e falsificações na redação do testamento a que a livre participação nele dos beneficiários poderia dar fácil origem, de modo que, como asseveram, "a simples cominação da nulidade da disposição acaba por exercer uma função saneadora de incontestável utilidade" (p. 321).

aceitar a herança" (previsão que noutro campo, o do direito de representação, também consta do art. 2039.º do CC).

Avaliando as circunstâncias em que o interessado procura preparar a sua sucessão, designadamente o lapso de tempo que pode mediar entre a subscrição do testamento e a abertura da sucessão e as vicissitudes que podem ocorrer entretanto, o legislador previu um mecanismo suficientemente abrangente e maleável que permite enfrentar algumas das ocorrências, evitando que, na parte em que ao testador é permitido dispor dos seus bens por morte (no caso concreto, a liberdade do testador era total, já que não havia herdeiros legitimários), se sigam de imediato as regras da sucessão legítima ou legitimária.

Tal solução foi ainda complementada com outra de carácter pragmático que deixa bem clara a ideia de que seja respeitada tanto quanto possível a vontade real ou presumida do testador.

Por força do n.º 2 do citado preceito, é relativamente indiferente que na disposição testamentária com objectivos de *substituição direta* o testador se tenha referido apenas a uma das circunstâncias gerais. A não ser que exista declaração (expressa ou tácita) em contrário, a referência apenas a uma das ocorrências gerais (*"não poder"* ou *"não querer aceitar a herança"*) não prejudica a aplicabilidade da outra.

Mas as razões de tal preceito e a preferência que é dada à vontade real do testador revelam uma maior amplitude.

Como refere Duarte Pinheiro, em *Direito da Família e Sucessões*, vol. IV, pág. 40, se, "por analogia, se tiver previsto apenas uma situação de não poder (não sobrevivência) ou de não querer (repúdio), entende-se ter desejado abranger todas as outras situações susceptíveis de desencadear em geral uma vocação indireta (indignidade, etc.), na falta de estipulação em contrário". Ou seja, ainda que o testador tenha previsto apenas o caso de repúdio da herança por parte do principal beneficiário (manifestação externa da vontade de *"não querer aceitar"* a herança), tal não impede que seja devolvida ao herdeiro substituto, verificada que seja uma situação de impossibilidade, e vice-versa. Para que essa devolução seja impedida é necessário que o testador tenha deixado "declaração em contrário".

No conceito de *"impossibilidade de aceitação"* não se enquadram apenas as situações de pré-falecimento do herdeiro principal, sendo susceptível de abarcar outras situações, designadamente quando se trata de impossibilidade de aceitação pela verificação de um *impedimento de ordem legal*.

Assim acontece com os casos em que o impedimento decorre de *nulidade da deixa testamentária* a favor da herdeira principal.

Para o fim que verdadeiramente interessa, uma *deixa testamentária nula* também "impossibilita" a beneficiária principal de validamente aceitar a herança, o que mais não significa que a impossibilidade de obter o resultado prático da aceitação.

5. Sem que se tenha detectado jurisprudência a este respeito, encontramos conforto para esta solução que nos parece razoável em várias fontes doutrinais:

— ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *CC anot.,* vol. VI, pág. 443, advogam que, cabe ao testador a faculdade de "escolher outras pessoas para recolherem os benefícios atribuídos aos primeiros instituídos ou primeiros nomeados, em lugar deles, para não cair na rede da sucessão legítima", e acrescentam que a segunda hipótese de substituição resultará de uma vasta gama de circunstâncias, entre as quais a "nulidade de disposições", concluindo que "normalmente, ao designar o substituto, o testador terá em vista, no seu espírito, todos estes casos, ou seja, a hipótese de se frustrar, por qualquer causa, a vocação hereditária";

— OLIVEIRA ASCENSÃO, em *Sucessões*, 5.ª ed., pág. 179, refere que "qualquer impedimento à primitiva deixa deve, por vontade do testador, conduzir à atribuição ao substituto. E entre estes impedimentos está a invalidade da instituição principal. Ao instituído pode ter-se prefigurado como certa ou como possível essa invalidade, e é seguro que a sua vontade teria sido então a de instituir o substituído. E é essa intenção normal que é assegurada pelo entendi-

mento lato da previsão de o instituído não poder aceitar".([3])

O mesmo resultado é atingido por outros autores, ainda que por uma via não inteiramente coincidente, o que pode ser ilustrado com as posições seguintes:

— PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da Família e Sucessões*, vol. II, assevera que o substituto é um "sucessível instituído sob condição suspensiva, pois a sua vocação dependerá sempre da resolução ou da não concretização da vocação do substituído, ao qual terá de sobreviver" (pág. 235), acrescentando que "a substituição direta parece poder relevar face a uma disposição testamentária nula ou anulável, mas necessariamente convertida. Crê-se, em instituição direta" (pág. 237).

— DUARTE PINHEIRO, *ob. cit.*, pág. 41, também acolhe esta via alternativa, afirmando que "a invalidade da designação do substituído afecta a validade da substituição direta. Quando muito haverá uma conversão da substituição direta em instituição direta a favor daquele que seria o substituto".

Por via deste segundo entendimento, o fenómeno sucessório que ocorreria em casos de verificação da invalidade da deixa testamentária a favor do herdeiro instituído preferencialmente não seria o da substituição, mas o da instituição direta, com o mesmo efeito.

Todavia, sem nos alongamos desnecessariamente neste campo, por qualquer das mencionadas vias (substituição direta imediata ou conversão da instituição secundária em instituição direta) é alcançado o mesmo objectivo, sendo a herança devolvida a favor do herdeiro substituto e impedindo, assim, que se conclua

---

([3]) Com a concordância de CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, p. 193. Refere ainda que mesmo que se releve apenas o texto da deixa testamentária (prevendo-se no caso apenas a situação de pré-moriência da herdeira principal), tratar-se-ia de uma presunção ilidível (p. 192).

pelo chamamento da irmã do testador na sua qualidade de herdeira legítima.

6. Para recusar a produção do efeito devolutivo da herança a favor do herdeiro substituto era necessário que, pela positiva, se apurasse a existência de uma declaração, expressa ou tácita, do testador em sentido inverso, o que não ocorreu no caso presente.

Os recorrentes refutam esta asserção. Em seu entender, não se compreenderia o afastamento da irmã do testador nos casos em que, operando a substituição hereditária, a herança fosse devolvida ao herdeiro substituto que foi identificado para o caso de pré-falecimento da beneficiária em primeiro grau.

Mas, ponderando as regras da interpretação do testamento, nos termos do art. 2187.º do CC, aquela é a solução reflectida também pelo *texto* e pelo *contexto* do testamento, intenção que assim foi interpretada pelas instâncias.([4])

Circunstancialmente verifica-se que, vivendo o testador em união de facto com a beneficiária HH, procurou beneficiá-la mediante a sua designação como herdeira exclusiva. Quanto à situação da sua irmã gémea II, o testador não a abandonou, antes pretendeu acautelar os seus interesses com a imposição à referida herdeira de um encargo relacionado com a assistência necessária a uma vida condigna.

Aquele objectivo principal — designação de HH como sua herdeira exclusiva — apenas não se realizou por um motivo alheio à vontade do *de cujus* e que não foi evitado, atenta a forma que o testamento assumiu (testamento cerrado — art. 2206.º do CC).

A opção do testador revelou-se prejudicial à consumação da sua vontade, pois que, com a modalidade de testamento cerrado e com o facto de este nem sequer ter sido lido pelo Notário na ocasião em que foi formalizada a sua aprovação foi impedida a verificação de um evidente motivo de nulidade da deixa principal a favor de HH que o testador pretendia instituir em exclusividade.

([4]) Sobre tais regras existe numerosa jurisprudência deste Supremo Tribunal, sendo ainda relevantes, entre outras obras, a monografia de J. Menezes Leitão, *A Interpretação do Testamento*, AAFDL, 1993, e a de Guilherme Oliveira, *O Testamento*.

Porventura se o testador tivesse optado por um testamento público, redigido pelo Notário (art. 2205.º do CC) e rodeado, por isso, de maiores garantias de conformidade com as exigências legais, ter-se-ia evitado que uma das testemunhas intervenientes fosse simultaneamente beneficiária.

Estas as razões *contextuais* do testamento que prejudicam a alegação dos recorrentes de que, em face da nulidade da deixa testamentária, seguir-se-ia a aplicação das regras da sucessão legítima, em benefício da irmã do testador, II, não sendo percepcionada pela matéria de facto apurada que essa solução estivesse na mente do testador.

7. Tais motivos circunstanciais são confirmados por elementos do próprio *texto* do testamento.

No testamento foi indicado como beneficiário o filho de um amigo do testador. Não se tratou de um benefício puro, antes lhe foi atribuído o encargo de criar uma Fundação (a Fundação "LL") com bens da herança, com vista a prosseguir fins de natureza filantrópica.

Ora, contrariando alegação dos recorrentes, nem assim ficaria prejudicado um dos objectivos primordiais do testamento: acautelar os interesses da sua irmã. Ou sejam a efetivação da substituição direta prevista pelo testador não colocava em crise a intenção declarada de assegurar a sua irmã uma vida condigna.

Para além de a interpretação pretendida pelos recorrentes não corresponder a qualquer *"declaração em contrário"* necessária para contrariar o efeito substitutivo já referido, nos termos do art. 2281.º, n.º 2, do CC, o argumento nem sequer procede, se considerarmos, como decorre do art. 2284.º do CC, que, em casos de devolução da herança por via da substituição direta, *se transmitem para o substituto* os encargos impostos ao herdeiro substituído.

Como bem refere CAPELO DE SOUSA, *Sucessões*, vol. I, pág. 344, reportando-se ao disposto no art. 2284.º do CC, a substituição implica a aquisição da posição jurídica do substituído, passando a ser "titular dos direitos e obrigações jurídicas que ao mesmo caberiam, mesmo que as últimas impliquem encargos especiais".

Por conseguinte, por uma forma ou por outra, sempre o objectivo do testador relativamente aos últimos anos de vida da sua irmã

seria respeitado: ou através do cumprimento do encargo imposto à herdeira HH ou, ante a impossibilidade de esta ser admitida como herdeira testamentária, por via do pré-falecimento (situação expressamente prevista) ou de impossibilidade de outro tipo (v.g. impossibilidade decorrente da lei, designadamente em consequência de nulidade da deixa testamentária), através da transferência do mesmo encargo para o herdeiro substituto.

8. Repercutindo no presente recurso as antecedentes considerações:

A primitiva A. veio invocar a qualidade de herdeira, sustentando a procedência da sua pretensão principal traduzida na *petição da herança* deixada por GG e na condenação dos RR. na restituição dos bens.

Na sua tese, tal herança ter-se-ia integrado na esfera jurídica da irmã do *de cujus*, II, transmitindo-se, por óbito desta, para si, por via de sucessão testamentária.

Invocando esse direito mediato à herança deixada por GG, como sucessora de II, cabia-lhe demonstrar que esta assumira a qualidade de herdeira legítima daquele, ónus que recaía sobre a A., já que referente a facto de natureza constitutiva.

Tal ónus não se encontra preenchido, não sendo legítimo afirmar que o direito à herança de II, por via de sucessão testamentária, abarcasse também o direito à herança que foi aberta por óbito de GG.

Faltando este elemento, nem à primitiva A., nem, por sua morte, aos respectivos sucessores ora habilitados pode ser reconhecido o *direito de peticionar a herança* de GG.

Deste modo, pese embora a inequívoca *nulidade da deixa testamentária* a favor de HH, a herança de GG não seguiu a linha da sucessão legítima, para a sua irmã II e, depois, por via testamentária para a primitiva A. Pelo contrário, malgrado tal invalidade, conteve-se, em respeito pela vontade do testador, no quadro definido no testamento.

Decaem, assim, todos os pedidos que com base em tal pressuposto foram formulados.

IV — Face ao exposto, acorda-se em julgar improcedente a revista, confirmando-se o acórdão recorrido.

Custas a cargo dos recorrentes.

Notifique.

Lisboa, 5-3-13

Abrantes Geraldes
Bettencourt de Faria
Pereira da Silva

ANOTAÇÃO

NULIDADE DA DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA E SUBSTITUIÇÃO DIRECTA

Pelo Mestre João Sérgio Teles de Menezes Correia Leitão(*)

1. Apresentação. A matéria de Direito e os factos em apreciação

I. O presente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, relatado pelo Conselheiro Doutor ABRANTES GERALDES com o rigor dogmático e a incisividade analítica que lhe são bem conhecidos, pronuncia-se sobre a questão de saber se a *nulidade de uma disposição testamentária* constitui facto determinativo da operatividade da *substituição direta* associada à deixa em causa.

Muito embora a discussão desta matéria seja clássica na nossa doutrina sucessória, não tem, todavia, encontrado significativos reflexos na jurisprudência dos nossos tribunais na resolução dos litígios concretos que lhes são submetidos. Deste modo, quando surge um caso em que essa questão é objecto de concretização judicial, e ainda por cima em sólidas bases dogmáticas, impõe-se, imediata e naturalmente, a realização de uma leitura mais detida e

---

(*) Jurista. Mestre em Direito.

reflectida, de modo a apreender e desvendar, nas *rationes* que lhe subjazem, a decisão adoptada.

Se este ponto chegaria para fundamentar a anotação deste aresto, verifica-se ainda que nele é igualmente enfrentada, em termos bem impressivos, a aplicação da presunção constante do n.º 2 do art. 2281.º do Cód. Civil([1]), o que também pede e merece devida atenção.

Bem se justifica, por tudo isto, examinar os procedimentos argumentativos desenvolvidos e as soluções jurídicas promovidas sobre estas matérias por este douto acórdão do nosso Supremo Tribunal de Justiça([2]).

II. Não obstante ser plúrima a factualidade que é relatada no acórdão em consideração (cf. o ponto II relativo aos *Factos Provados*), é possível descrever em traços breves o núcleo essencial dos factos que importa ter em conta em atenção ao objecto da análise. Nos seguintes termos:

***i*)** GG([3]), falecido em 28.1.94, que desde 1989/1990 vivia maritalmente com HH em comunhão de mesa e habitação, fez testamento cerrado, aprovado por instrumento de 8.1.1992, no qual consignou o seguinte:

> *"Pelo presente testamento disponho de todos os meus bens ou direitos que à hora da minha morte me pertencerem, do modo seguinte: instituo minha universal herdeira, de todos os meus bens, direitos e ações a senhora HH, divorciada, natural da freguesia e concelho da ..., Algarve, residente na Rua ..., número vinte e quatro, freguesia de ..., concelho de Oeiras.*

([1]) Pertencem ao Código Civil os artigos sem indicação da fonte de proveniência.

([2]) Veja-se também o acórdão antecedente, proferido neste mesmo processo, da Relação de Lisboa (Jorge Leal) de 20.09.2012, proc. n.º 10512/03.9TBOER.L1-2 em <www.dgsi.pt>.

([3]) Mantemos as siglas utilizadas na edição pública do acórdão na Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano XXI, T. 1/2013, n.º 246, pp. 122-126 e em <www.dgsi.pt>, muito embora nos pareça que não são empregues uniforme e cristalinamente no texto divulgado, gerando assim imprecisões, que procurámos assinalar e corrigir no texto transcrito mediante as indicações efetuadas entre parênteses retangulares.

A esta minha herdeira deixo o encargo de prestar toda a assistência financeira que ela necessitar à minha irmã gémea II, de modo a que lhe venha a ser proporcionada uma subsistência condigna quer em suas próprias casas quer em caso de necessidade de internamento em qualquer instituição médica ou de saúde ou de apoio à terceira idade, por forma que nada lhe falte durante a vida.

Se à hora da minha morte aquela HH já houver falecido, instituo então meu único e universal herdeiro de todos os meus bens, direitos e ações, que à hora da minha morte me pertencerem, o filho do meu maior amigo de infância, CC (...).

Na eventualidade deste vir a ser meu herdeiro, deixo ao mesmo o encargo de com a totalidade dos bens por mim herdados constituir e gerir uma fundação que terá o nome do meu avô paterno «LL» ...”

***ii*)** No instrumento de aprovação do testamento cerrado referiu-se, para além do mais, o seguinte:

— *“... e por ele (GG) me foi apresentado o testamento, declarando-me que o mesmo contém as últimas disposições de sua última vontade, que foi escrito e assinado por ele testador, que não contém palavras emendadas, truncadas ...*”;

— “*Foram testemunhas deste ato — D. HH, divorciada, residente na morada do testador e MM (mas que assina como NN), divorciado, residente na Rua ...*”.

***iii*)** HH faleceu em 21.9.1994, deixando como herdeiros o cônjuge DD e o filho EE, que *“adquiriram todos os bens móveis e imóveis do de cujus GG que à data da sua morte eram conhecidos*”.

***iv*)** A irmã gémea de GG, II, que faleceu em 16.11.1997, deixou como herdeira testamentária universal a Autora, AA.

III. Em face destes factos, a pretensão da Autora (e dos subsequentes habilitados) em ser reconhecida a II a qualidade de herdeira universal na herança aberta por óbito de GG, com a consequente entrega dos bens hereditários em conformidade com essa vocação sucessória e ulteriores desenvolvimentos, dependia então, como exemplarmente se enuncia no acórdão em apreço, da resposta ao seguinte quesito:

"prevista no testamento a substituição direta a que se reporta o art. 2281.º do CC para o caso de a herdeira instituída falecer antes do testador, a devolução da herança para o herdeiro substituto ocorre também se se verificar a nulidade da disposição testamentária principal?"

Vejamos, então, a resolução concreta, operada pelo acórdão em anotação, das questões dogmáticas implicadas nesta interrogação.

2. A substituição direta

I. Comece-se por retratar, ainda que brevemente, o instituto jurídico objecto da análise.

A *substituição direta, vulgar, comum* ou *ordinária*(4) (*substitutio vulgaris*), que remonta, como quase tudo o que diz respeito ao Direito das Sucessões, ao Direito Romano(5), consiste na disposi-

---

(4) Refere José Tavares, *Sucessões e direito sucessório*, 2.ª ed., Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, s.d. (a 1.ª ed. é de 1903), p. 400: "A substituição vulgar ou direta designa-se assim por ser a mais frequente, já entre os romanos, e porque nela os bens passam diretamente do testador para o substituto". Vd. também Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. X, Coimbra, Coimbra Editora, 1935, p. 130: "Esta substituição chama-se *vulgar*, porque era a mais frequente entre os romanos; e *direta*, porque entre o testador e o substituto não há um intermediário, como no fideicomisso; os bens passam diretamente do testador para o substituto".

(5) Cf. D. 28.6.: *"pr. Heredes aut instituti dicuntur aut substituti: instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio. 1. Heredis substitutio duplex est aut simplex, veluti: "Lucius Titius heres esto: si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto": "Si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto""*. Cf. também GAIUS, 2, 174 a 176: *"174. Interdum duos pluresue gradus heredum facimus, hoc modo: L. TITIVS HERES ESTO CERNITOQVE IN DIEBVS CENTVM PROXIMIS, QVIBVS SCIES POTERISQVE. QVOD NI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. TVM MEVIVS HERES ESTO CERNITOQVE IN DIEBVS CENTVM et reliqua; et deinceps in quantum uelimus, substituere possumus. 175. Et licet nobis uel unum in unius locum substituere pluresue, et contra in plurium locum uel unum uel plures substituere. 176. Primo itaque gradu scriptus heres hereditatem cernendo fit heres, et substitutus excluditur; non cernendo summouetur, etiamsi pro herede gerat, et in locum eius substitutus succedit; et deinceps si plures gradus sint, in singulis simili ratione idem contingit"*. Vd., entre nós, A. Santos Justo, *Direito Privado Romano, V (Direito das Sucessões e Doações),* Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 190 e segs.

ção testamentária([6]) pela qual o testador designa um herdeiro ou legatário para o caso de um primeiro sucessível instituído não poder ou não querer aceitar a herança ou o legado.

O legislador descreve a figura no n.º 1 do art. 2281.º do Cód. Civil, nos seguintes termos: *"O testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro instituído para o caso de este não poder ou não querer aceitar a herança: é o que se chama substituição direta"*.

Muito embora nesta noção do n.º 1 do art. 2281.º o instituto surja limitado à instituição de herdeiro, é perfeitamente aplicável à nomeação de legatário, como resulta do art. 2285.º, n.º 1, que estende as disposições da subsecção em causa aos legados([7]).

([6]) Apenas nos importa aqui, atento o caso *sub judice*, a substituição direta enquanto *"conteúdo do testamento"* (que, consabidamente, é o título do capítulo VI do Título IV do Livro V sobre *"Direito das Sucessões"* do Código Civil onde se localiza, na Secção IV — *"Substituições"* — a subsecção I dedicada à *"substituição direta"*) reportada à designação testamentária de herdeiro ou legatário.

([7]) A técnica legislativa assim adoptada é questionável, já que não constitui a opção mais perfeita estabelecer uma noção legal limitada a certa realidade para depois, afinal, se prever, em disposição específica, a aplicação a outra realidade da disciplina que é balizada pela noção legal. A opção legislativa parece dever-se à influência do Código Civil italiano em cujos arts. 688.º *("Il testatore può sostituire all'erede instituito altra persona per il caso che il primo non possa o non voglia accettare l'eredità")* e 691.º *("Le norme stabilite in questa sezione si applicano anche ai legati")* se segue tal esquema (GALVÃO TELLES, que foi, como é sabido, o autor do anteprojeto da parte do atual Código Civil dedicada ao "Direito das Sucessões", referia-se significativamente àquele diploma como "o magnífico Código Civil italiano de 1942" e falava num "legislador da craveira do italiano" — vd. GALVÃO TELLES, "*Substituição vulgar tácita*" in Dir., ano 85, 1953, pp. 97-108 [p. 99 e p. 100]). Julga-se, no entanto, com a devida vénia, que era preferível ter adoptado o exemplo antecedente constante do Código Civil de 1867 cujo art. 1858.º definia, reportando-se em simultâneo ao herdeiro e ao legatário, a substituição direta nos seguintes termos: *"Pode o testador substituir uma ou mais pessoas ao herdeiro, ou herdeiros instituídos, ou aos legatários, para o caso em que os herdeiros ou os legatários não possam ou não queiram aceitar a herança ou o legado: é o que se chama substituição vulgar ou direta"*. É certo que no § único deste mesmo art. 1858.º do Código de Seabra já ocorria, inadequadamente, uma exclusiva alusão à instituição de herdeiro: *("Esta substituição expira, logo que o herdeiro aceite a herança")*, reportando, assim, unicamente ao herdeiro uma solução que valia identicamente para o legatário. JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 404, escreveu, por isto, sem delicadezas, que: "este § único está mal redigido, porque se refere só ao herdeiro, sendo certo que o mesmo preceito se deve aplicar ao legatário". Também CUNHA GONÇALVES, *Tratado..., cit.*, p. 130 observou que o disposto neste § único do art. 1858.º do Cód. Civil de 1867 valia identicamente para o legado (:"Isto mesmo se deve dizer do legado; pois a aceitação da herança não faz expirar a substituição do legado; se o legatário

A substituição direta constitui, então, uma vocação testamentária substitutiva, pela qual uma pessoa (substituto ao instituído) sucede diretamente ao *de cuius* quando o primeiro chamado (instituído) não possa ou não queira aceitar a herança ou o legado. Como tal, trata-se de uma vocação *única* (e não sucessiva), pois o segundo herdeiro ou legatário é chamado à herança do *de cuius em vez do* primeiro chamado (e não sucessivamente a este), sendo que só é herdeiro ou legatário quem efetivamente aceite a instituição. E, sempre se acrescente, quem diz segundo herdeiro ou legatário diz terceiro, quarto, etc., pois pode ocorrer, desde que o testador assim o tenha determinado, uma série de chamamentos substitutivos, em que os diversos chamados (substitutos ao substituto) se vão, no caso de o antecedente da série não poder ou não querer aceitar, substituindo uns aos outros, operando, em qualquer caso, uma vocação única (*substitutus substituto est etiam substitutus instituto*). A substituição é *direta* porquanto o substituto adquire diretamente do autor da sucessão — e daí a adjetivação legal — os bens objecto da deixa testamentária. A substituição direta é, portanto, uma *substituição da "direção da vocação sucessória"*([8]), uma *substituição do destinatário do efeito sucessório*([9]).

II. Tradicionalmente a substituição direta é enquadrada teoricamente – com o direito de representação (arts. 2039.º e seguintes) e o direito de acrescer (arts. 2301.º e seguintes) – como uma modalidade de *vocação indireta*([10]), por ocorrerem as duas caracte-

---

instituído não puder ou não quiser aceitar o seu legado, entrará em vigor a respectiva substituição"). De qualquer modo, o que pretendíamos assinalar é que era mais perfeita a noção legal de substituição direta do nosso Cód. Civil de 1867, pelo que teria sido melhor seguir tal modelo em vez do acolhimento do esquema legislativo que, por influência do Cód. Civil italiano, acabou por constar do Cód. Civil de 1966.

([8]) VINCENZO-RODOLFO CASULLI, *"Sostituzione ordinária e fedecommissaria"* in NssDI, XVII (1970), 970-993 [p. 972].

([9]) ANGELO LUMINOSO, *"Sostituzione. Diritto vigente"* in ED, XLIII, pp. 141-158 [p. 141].

([10]) Vd. GALVÃO TELLES, *Direito de representação, substituição vulgar e direito de acrescer,* Lisboa, 1943, pp. 5, 142 e 182; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 172; PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, pp. 227-228 e 251; PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões,* Lisboa,

rísticas típicas que moldam esta categoria dogmática, a saber, por um lado, o chamamento do substituto depende de um instituído prioritário não poder ou não querer aceitar a sucessão e, por outro lado, o substituto vê a sua vocação moldada sobre a posição destinada ao instituído prioritário que não pôde ou não quis aceitar a sucessão, sendo-lhe, assim, atribuídos, em regra, os mesmos direitos e obrigações que se dispôs em favor do instituído prioritário([11]). E, na verdade, quando se confronta a disciplina legal da substituição direta, verifica-se, por um lado, como já se citou, que o art. 2281.º, n.º 1, prevê que a substituição opera para os casos de o instituído prioritário não poder ou não querer aceitar a deixa, e que, por outro lado, o art. 2284.º estabelece que: *"Os substitutos sucedem nos direitos e obrigações em que sucederiam os substituídos, excepto se outra for a vontade do testador"*.

Importa, contudo, assinalar, que estes padrões conceptuais da vocação indireta não devem ser aplicados com excessivo rigor à substituição direta, pois a sua fulcral base voluntarista pode determinar soluções distintas, como logo se evidencia dos múltiplos

---

Quid Juris, 2012, p. 226; Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões,* Lisboa, Quid Juris, 2008, pp. 151-152 e 201 e segs.; Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 219, 330 e 364; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito das Sucessões Contemporâneo,* Lisboa, AAFDL, 2011, pp. 271 e 285; Gonçalves de Proença, *Direito das Sucessões,* 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2009, pp. 46 e 208 e segs.; Espinosa Gomes da Silva, *Direito das Sucessões,* Lisboa, AAFDL, 1978, pp. 229 e 258-259; Eduardo dos Santos, *Direito das Sucessões,* Lisboa, AAFDL, 2002, pp. 174 e 194; Ferreira Pinto, *Sucessões por morte*, Lisboa, Juris Book, 2013, p. 76; Manuel Leal-Henriques, *Direito Sucessório e processo de inventário,* 3.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2005, pp. 41 a 43; Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, pp. 530 e 538; Cristina Araújo Dias, *Lições de Direito das Sucessões*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 91 e 105-106.

([11]) Vd. as formulações clássicas de Galvão Telles, *Direito de representação*... cit., p. 10: "A vocação indireta caracteriza-se (...) por dois traços, um predominantemente subjetivo, que consiste em trazer o sujeito a um plano de sucessão que não lhe compete, fazendo-o suceder como se nesse plano se encontrasse; outro objetivo, que se traduz em dar-lhe, com possíveis mas ligeiras variantes, o complexo de direitos e encargos que teriam cabido ao substituído, se este viesse à herança" e de Pereira Coelho, *ob. cit.*, p. 228: "a posição jurídica do sucessível que não pôde ou não quis suceder é o ponto de referência a partir do qual se define a posição jurídica do chamado "indiretamente" à sucessão; os direitos e obrigações de quem sucede "indiretamente" são os mesmos direitos e obrigações da pessoa que sucederia diretamente, se esta tivesse realmente sucedido".

apelos que a regulação legal faz à eventualidade de uma estipulação testamentária particular (o n.º 2 do art. 2281.º ressalva *"declaração em contrário"*; o n.º 2 do art. 2283.º e o n.º 2 do art. 2285.º pressupõem o *"silêncio do testador"*, como sucede também com o n.º 3 do art. 2283.º embora recorrendo à expressão *"nada se declarar"*; o art. 2284.º excepciona *"se outra for a vontade do testador"*). Decorre daqui a possibilidade de, no âmbito da substituição direta estabelecida, o testador regular de modo especial a instituição substituta, desde logo estabelecendo, por exemplo, a substituição numa parte apenas da herança ou do legado *(substituição parcial)* que se previa atribuir ao instituído de primeiro grau (cf. ainda os art. 2283.º, n.os 2 e 3, e 2285.º, n.º 2) ou estabelecendo encargos autónomos daqueles a que sujeitou o instituído de primeiro grau([12]) — com o que se afecta a determinação *per relationem* da posição do substituto e a identidade de direitos e obrigações em relação ao sucessível prioritário que não pôde ou não quis aceitar, que são assumidas como características paradigmáticas da vocação indireta([13]).

A vocação do substituto direto, ainda que normalmente moldada por referência à vocação não concretizada ou resolvida do sucessível prioritário, não tem que o ser integral e fatalmente, pelo que deve ser reconhecida como uma vocação perfeitamente *autónoma*, não obstante a sua eficácia estar na dependência da falência da vocação prioritária.

([12]) Como ocorre no caso objecto de apreciação no presente acórdão, dado o testador ter estabelecido que, na eventualidade do substituto vir a ser herdeiro, incidirá sobre ele *"o encargo de com a totalidade dos bens por mim herdados constituir e gerir uma fundação..."*.

([13]) Não é possível, por isso, seguir a formulação de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões,* cit., p. 175 de que o efeito geral da vocação indireta é "mais do que atribuir um benefício como mera consequência negativa do afastamento dum concorrente à sucessão: deve haver ainda identidade entre aquilo que um receberia e aquilo a que outro é chamado" (o que, aliás, não vale em relação aos direitos e obrigações *intuitu personae* — vd. a obra cit. deste Autor, p. 181). Com efeito, a entender a vocação indireta nestes termos rígidos e exclusivistas, então a substituição direta, por força do que pode resultar da vontade testatória ressalvada na parte final do art. 2284.º, escaparia a tal categoria.

III. A natureza jurídica da substituição direta, embora discutida, parece-nos segura: trata-se da instituição de herdeiro ou da nomeação de legatário sob a *condição suspensiva* de um primeiro designado não poder ou não querer aceitar a vocação de que era destinatário.

É esta, aliás, a posição sobre a figura unanimemente adoptada pela nossa doutrina([14]), como tal uma autêntica *communis opinio doctorum*: a substituição direta é a vocação de um sucessível subordinada à particular condição suspensiva que é representada pelo evento de o primeiro instituído não se tornar herdeiro ou legatário.

Na verdade, na substituição direta, o testador, por força de disposição de sua vontade, determina que a instituição substituta

---

([14]) Esta posição foi subscrita entre nós por CUNHA GONÇALVES, *Tratado...* cit., p. 130: "a não-aceitação da herança é a condição suspensiva da substituição"; GALVÃO TELLES, *Direito de representação...* cit., pp. 177 e 198: "A opinião comum qualifica a substituição vulgar como *instituição sob condição suspensiva*, e esta é a sua real natureza", "A substituição tem a verdadeira natureza de uma instituição sob condição suspensiva"; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões,* cit., pp. 178 e 179: "a resolução do chamamento dos substituídos tem os efeitos que teria uma condição suspensiva", "Aplica-se o regime geral da condição suspensiva"; PAMPLONA CORTE-REAL, *Sucessões,* cit., p. 236: "o substituto acaba por ser um sucessível instituído sob condição suspensiva, pois a sua vocação dependerá sempre da resolução ou da não concretização da vocação do substituído, à qual terá de sobreviver. O substituto é, assim, um sucessível subsequente, pois o seu chamamento só se concretiza num momento ulterior à data da abertura da sucessão, embora retroagindo a esse momento"; JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões* cit., p. 286: "a vocação do substituto é condicional: está sujeita a uma condição suspensiva, dependendo da resolução ou não concretização da vocação do substituído"; GONÇALVES DE PROENÇA, *Direito das Sucessões,* cit., p. 210: "A doutrina costuma equiparar a substituição direta à aposição de uma condição suspensiva, na medida em que a instituição de um herdeiro (ou legatário) feita pelo testador fica suspensa pela verificação da condição de os instituídos em 1.º grau aceitarem efetivamente a sucessão. Se não aceitarem ou forem afastados, a primeira instituição caduca (é substituída) passando a vigorar a segunda"; GUILHERME DE OLIVEIRA, *O testamento. Apontamentos*, s.l., Reproset, s.d., p. 105: "A substituição direta é uma instituição de herdeiro ou de legatário subordinada à condição suspensiva de um primeiro designado não querer ou não poder aceitar a liberalidade"; EDUARDO DOS SANTOS, *Direito das Sucessões* cit., p. 189: "A substituição vulgar é uma delação condicional, sujeita à verificação de um facto futuro e incerto, que é o de o substituído não chegar a aceitar a sucessão por alguma das causas estabelecidas na lei"; LEAL-HENRIQUES, *ob. cit.*, p. 54: "um caso de disposição sujeita à condição suspensiva da frustração da primeira escolha"; RODRIGUES BASTOS, *Direito das Sucessões segundo o Código Civil de 1966,* s. l., 1983, p. 87: "a substituição é uma instituição condicional".

tem a produção da sua eficácia dependente da verificação de um acontecimento futuro e incerto, o qual consiste no facto de o sucessível prioritário não poder ou não querer aceitar a sucessão — uma *inquestionável condição suspensiva* (arts. 270.º e 2229.º). Deste modo, têm aplicação à substituição direta, via de princípio, regras gerais sobre a condição suspensiva em sede testamentária, de que se destaca a necessidade de sobrevivência do substituto até ao momento da não concretização ou da resolução da vocação do substituído, conforme resulta do disposto na al. *b*) do art. 2317.º([15]), e a contagem do prazo de caducidade do direito de aceitar a herança por parte do substituto a partir do conhecimento da não concretização ou da resolução da vocação do substituído, por força do n.º 2 do art. 2059.º, podendo o substituto, como "interessado", intentar a *actio interrogatoria* nos termos do art. 2049.º.

Todavia, a aplicação do regime geral da condição suspensiva (arts. 2229.º e seguintes) à substituição direta só tem lugar na medida em que as regras respectivas sejam compatíveis com a sua natureza. Justamente, isso não sucede com a disciplina da administração da herança ou legado objecto dos arts. 2237.º a 2239.º que pressupõe estar em causa *apenas uma instituição condicional* ou que *a instituição condicional seja a instituição primária* (vd. as referências no art. 2238.º ao "substituto" do "herdeiro condicional"); ora, na substituição direta está presente uma instituição condicionada, que respeita ao substituto, mas associada a uma instituição primária, que respeita ao substituído, cuja falha de atuação possibilita justamente a operatividade da substituição, pelo que, em princípio, não há que colocar, em tal caso, a herança ou legado sob administração, pois a herança ou legado ou cabe ao instituído primário (pelo menos, até à sua aquisição sucessória ser destruída retroactivamente) ou cabe ao substituto, por o substituído não ter podido ou não ter querido aceitar.

A substituição direta consiste, em suma, numa *vocação sucessória condicionada*, em que a vocação do substituto se encontra

---

([15]) Vd. Oliveira Ascensão, *Sucessões,* cit., p. 179; Pamplona Corte-Real, *Sucessões,* cit., pp. 236 e 238; Jorge Duarte Pinheiro, *Sucessões,* cit., p. 281. Cf. também Galvão Telles, *Direito de representação...,* cit., pp. 178 e 198.

subordinada à particular condição suspensiva da não verificação ou resolução da vocação sucessória do instituído prioritário — é, simplesmente, um *caso especial de instituição sob condição suspensiva* (a *condicio substitutionis)*.

3. A nulidade da disposição testamentária primária (art. 2197.º)

I. É tempo de regressar ao caso em anotação, começando por mencionar que a factualidade provada (vd. acima n.º **1, II**, ***iii***)) evidenciou que HH, herdeira universal designada testamentariamente pelo autor da sucessão, interveio como testemunha em relação à aprovação do testamento cerrado.

Prevê o art. 2206.º que: *"O testamento diz-se cerrado, quando é escrito e assinado pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, ou escrito por outra pessoa a rogo do testador e por este assinado"* (n.º 1) e que: *"O testamento cerrado deve ser aprovado por notário, nos termos da lei do notariado"* (n.º 4).

Estabelece, então, o art. 108.º do Código do Notariado (Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, com as alterações posteriores) que: *"Apresentado pelo testador o seu testamento cerrado, para fins de aprovação, o notário deve lavrar o respectivo instrumento, que principia logo em seguida à assinatura aposta no testamento"* (n.º 1), instrumento de aprovação esse que *"deve conter, em especial, as seguintes declarações, prestadas pelo testador: a*) *Que o escrito apresentado contém as suas disposições de última vontade; b*) *Que está escrito e assinado por ele, ou escrito por outrem, a seu rogo, e somente assinado por si, ou que está escrito e assinado por outrem, a seu rogo, visto ele não poder ou não saber assinar; c*) *Que o testamento não contém palavras emendadas, truncadas, escritas sobre rasuras ou entrelinhas, borrões ou notas marginais, ou, no caso de as ter, que estão devidamente ressalvadas; d*) *Que todas as folhas, à exceção da assinada, estão rubricadas por quem assinou o testamento"* (n.º 2), e no qual deve igualmente constar *"o número de páginas completas, e de linhas de alguma página incompleta, ocupadas pelo testamento"* (n.º 4), sendo as folhas do

testamento *"rubricadas pelo notário e, se o testador o solicitar, o testamento, com o instrumento de aprovação, é ainda cosido e lacrado pelo notário, que apõe sobre o lacre o seu sinete"* (n.º 5).

Pois bem, nos termos do art. 67.º, n.º 1, al. *a*) e n.º 3 do Código do Notariado, há lugar à intervenção de duas testemunhas instrumentárias nos instrumentos de aprovação de testamentos cerrados.

II. Sucede que não pode ser testemunha em instrumento de aprovação de testamento cerrado quem seja beneficiário desse testamento, sob pena de *nulidade* da disposição testamentária que lhe respeite.

Na verdade, uma tal factualidade implica o preenchimento da previsão do art. 2197.º do Cód. Civil, relativa aos *"Intervenientes no testamento"*, nos termos da qual: *"É nula a disposição a favor do notário ou entidade com funções notariais que lavrou o testamento público ou aprovou o testamento cerrado, ou a favor da pessoa que escreveu este, ou das testemunhas, abonadores ou intérpretes que intervieram no testamento ou na sua aprovação"*.

Assim, tendo HH, herdeira testamentária designada, intervindo como testemunha na aprovação do testamento cerrado em causa nos autos, verifica-se uma *ilegitimidade testamentária ativa*([16]), o que implica a *nulidade* da deixa a seu favor.

Nulidade essa que, como resulta dos próprios dizeres legais *("é nula a disposição")*, respeita única e exclusivamente à disposição testamentária que beneficia a interveniente na aprovação do testamento, não afectando o negócio testamentário na sua globalidade, o que consubstancia uma *redução legal* (distinta, pois, da *redução comum* objecto do art. 292.º).

Estas conclusões obtém-se, igualmente, do Código do Notariado. Assim, desde logo, refira-se que o art. 68.º deste Código, epigrafado "*Casos de incapacidade ou de inabilidade*", determina (al. *g*) do n.º 1) que: *"Não podem ser abonadores, intérpretes, peritos, tradutores, leitores ou testemunhas: g*) *Os que, por efeito*

([16]) Qualificação conceptual a que se devem subordinar as figuras da indisponibilidade relativa (arts. 2192.º a 2198.º) como demonstra OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões,* cit., pp. 57 e 59. Vd. também JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões,* cit., pp. 126-127.

do ato, adquiram qualquer vantagem patrimonial". Consequentemente, estabelece-se no n.º 2 do art. 71.º do mesmo Código o seguinte: *"Determina também a nulidade do ato a incapacidade ou a inabilidade dos intervenientes acidentais"*. O subsequente art. 72.º deste Código, epigrafado "*Limitação de efeitos de algumas nulidades",* prescreve, porém, que: *"Nos atos com disposições a favor de algumas das pessoas mencionadas no n.º 1 do art. 5.º ou dos respectivos intervenientes acidentais, incluindo os que figurem nos instrumentos de aprovação de testamentos cerrados e internacionais, a nulidade é restrita a essas disposições"*.

Daí que no acórdão do Supremo em anotação se declare sobre a situação *sub judice* que: *"Contra a norma imperativa do art. 2197.º do CC, a beneficiária HH interveio como testemunha no ato de aprovação do testamento cerrado que foi deixado por GG em que foi indicada como herdeira, o que afectou irremediavelmente a validade da deixa testamentária"*.

III. Naturalmente, toda esta situação de intervenção como testemunha no instrumento de aprovação de beneficiário testamentário se possibilitou pelo facto de, como se dá conta na matéria provada relatada no acórdão (cf. n.os 9, 12 e 19 dos factos provados), o autor da sucessão não ter pedido à Notária para ler o testamento cerrado, pelo que, como este não foi lido no ato da respectiva aprovação, aquela "não se apercebeu de que uma das pessoas contempladas no testamento testemunhou o ato de aprovação" (como se refere no ponto n.º 17 dos factos provados).

Prescreve, com efeito, o art. 107.º do Código do Notariado que: *"Só a pedido do testador o testamento cerrado pode ser lido pelo notário que lavrar o instrumento de aprovação"* (n.º 1), leitura essa que *"pode ser feita em voz alta, na presença de algum dos intervenientes, além do próprio testador se este o autorizar"* (n.º 2).

Ora, evidentemente, se a Notária tivesse lido o testamento e verificado a situação de beneficiária testamentária de HH, deveria ter obstado à intervenção desta como testemunha no instrumento de aprovação, em conformidade com o n.º 3 do art. 68.º do Código do Notariado.

4. Nulidade da deixa e substituição direta

I. Pois bem, verificada a nulidade da liberalidade testamentária, emergia, então, a questão decisiva: *quid juris* quanto à substituição direta estipulada pelo testador?

Na nulidade da deixa testamentária por força do art. 2197.º pretendia fundar-se a A. para obter o reconhecimento da sua qualidade de herdeira, por considerar que daí resultava a abertura da sucessão legítima e o chamamento, a esse título, da irmã II do *de cuius*.

O acórdão em apreço rejeitou, porém, esta pretensão, por ter considerado que a nulidade da deixa *"não basta, porém, para que à irmã do testador, II, a quem a primitiva A. sucedeu, seja reconhecida a qualidade de herdeira legítima de GG"*, já que um *"obstáculo de vulto se interpõe àquele reconhecimento"* — precisamente a *aplicação da substituição direta em relação à nulidade da deixa a favor do primeiro instituído*.

Vejamos, então, um pouco mais de pormenor esta recondução da *nulidade* da disposição testamentária a um *casus substitutionis*.

II. Na base da operatividade da substituição direta encontra-se, como resulta do n.º 1 do art. 2281.º, a circunstância de o instituído não poder *(casus impotentiae)* ou não querer aceitar a sucessão *(casus voluntatis ou noluntatis)*.

Constituem casos de impossibilidade de aceitar a herança ou legado, de "não poder" aceitar a sucessão *(casus impotentiae)*, sem margem para dúvidas, a não sobrevivência (premoriência e a comoriência — art. 68.º), a morte presumida (art. 115.º), a indignidade sucessória (arts. 2034.º e seguintes) e a deserdação (art. 2166.º). O *casus noluntatis*, de "não querer" aceitar a sucessão é, entre nós, reportado exclusivamente à figura do repúdio (art. 2062.º)([17]); jul-

---

([17]) Vd. Oliveira Ascensão, *Sucessões,* cit., p. 173 ("Hipótese de se não querer aceitar a sucessão é somente a do repúdio"). Cf. também Galvão Telles, *Direito de representação...,* cit., p. 187; Antunes Varela in Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil anotado,* vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 443; Pamplona Corte-Real, *Sucessões,* cit., pp. 227 e 230; Jorge Duarte Pinheiro, *Sucessões,* cit., p. 272; Guilherme de Oliveira, *ob. cit.*, p. 105.

gamos, porém, que se deve subsumir igualmente nesta categoria a caducidade do direito de aceitar a herança (art. 2059.º).

Pois bem, como corretamente decidiu o acórdão em apreço, deve-se igualmente reconduzir à categoria da *impossibilidade de aceitação* determinativa da substituição direta a *nulidade* da disposição testamentária institutiva do sucessível prioritário.

Desde logo, é manifesto que a fórmula legal "não poder" aceitar a herança constante do n.º 1 do art. 2281.º compreende, na sua literalidade, a nulidade da deixa, porquanto se consubstancia nessa circunstância uma razão que impossibilita o beneficiário prioritário de ser chamado à sucessão do *de cuius* (sem prejuízo, claro está, do regime dos arts. 2308.º e 2309.º). Como se escreve neste douto acórdão: *"uma deixa testamentária nula também "impossibilita" a beneficiária principal de validamente aceitar a herança, o que mais não significa que a impossibilidade de obter o resultado prático da aceitação"*.

Depois, depõe claramente a favor da qualificação da nulidade da deixa como um *casus substitutionis* a *ratio* do instituto da substituição direta.

É que a substituição direta visa *estender* o poder de disposição do testador([18]), permitindo-lhe determinar a sua sucessão para os casos de frustração da vocação prioritária que instituiu. Como resulta do próprio art. 2281.º — que declara que o "*testador* pode *substituir outra pessoa ao herdeiro instituído"—,* pela substituição direta reconhece-se ao testador o *poder* de, quando o primeiro instituído não pode ou não quer aceitar a herança, escolher quem efetivamente vai receber a deixa([19]), fazendo, assim, valer — e prevalecer — a sua vontade para as situações em que não é possível atuar a designação primária([20]). A substituição direta envolve, por-

---

([18]) Cf. LORENZO BALESTRA, *"La sostituzione ordinaria e fedecommissaria"* in LORENZO BALESTRA/MAURO DI MARZIO, *Successioni e donazioni,* S.l., CEDAM, 2008, p. 1170.

([19]) Cf. a formulação de CORREIA TELES, *Digesto Portuguez*, T. III, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1836, p. 261, n.º 1617: "Ao testador é permitido além dos herdeiros que institui, substituir-lhes outros, que fiquem em seu lugar".

([20]) Pois, como escreve GALVÃO TELLES, *Sucessão testamentária,* Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 94: "Por mais forte que seja o desejo do testador de que o seu patri-

tanto, de certo modo, uma "hierarquia de afectos"([21]), que se manifesta mediante a ordem de prioridade de beneficiários que o testador pretende chamar em relação a uma certa deixa testamentária (herança, quota de herança ou legado).

Nestes termos, a substituição direta tem como fim ou função obviar à eventualidade de não ocorrer a imediata sucessão testamentária pretendida pelo testador, possibilitando-lhe eleger, em conformidade com a sua vontade, uma solução alternativa, igualmente de base testamentária. Nesta medida, constitui efeito inelutável da substituição direta impedir, no caso de instituição de herdeiro, que a herança seja devolvida a quem poderia adquiri-la por via do direito de representação, do direito de acrescer ou *ab intestato*, e, no caso da nomeação de legatário, que o legado seja devolvido por força do direito de acrescer a favor de co-legatários ou que seja devolvido ao onerado ou *ab intestato*. Por isso, a substituição direta é um "acto de previdência do testador"([22]), que se dirige a obstar, através da fixação de um critério subsidiário para a respectiva atribuição, que o património hereditário seja devolvido segundo os critérios da lei, *maxime* em conformidade com as regras da sucessão legítima, quando o instituído prioritário não possa ou não queira aceitar a liberalidade.

Ora, atenta esta *ratio* do instituto, e, assim, em ordem a assegurar a plenitude do exercício da vontade testamentária, cabe entender que a *nulidade da deixa prioritária constitui um fundamento determinativo da operatividade da substituição direta*, pois, estando aí em causa um motivo de impossibilidade da aceitação por banda do primeiro instituído, impõe-se dar relevância à preferência do testa-

---

mónio ou determinados bens transitem para os herdeiros ou legatários que institui, tal desejo pode frustrar-se, porque essa transição depende da aceitação dos instituídos, e nada garante que estes a dêem: podem pura e simplesmente não querer dá-la ou incapacitar-se para a dar".

([21]) A expressão pertence a ROYO MARTINEZ, *Derecho Sucesorio "mortis causa"*, Sevilha, EDELCE, 1951, p. 152. DIAS FERREIRA, *Codigo Civil Portuguez Annotado*, vol. IV, Lisboa, Imprensa Nacional, 1875, p. 240, falava na "necessidade de facultar ao testador a liberdade de ampliar as manifestações do seu amor, no caso dos primeiros contemplados não quererem, ou não poderem, aceitar o benefício".

([22]) GIOVANNI BONILINI, *Nozioni di Diritto Ereditario,* 2.ª ed., Milano, UTET, 1993, p. 39.

dor na atribuição dos bens hereditários ao sujeito designado de modo subordinado em vez do chamamento dos sucessíveis legítimos ou da aplicação dos demais mecanismos legais.

III. Esta proposição dogmática de que a nulidade da instituição primária representa um *casus impotentiae* determinativo do funcionamento da substituição direta é há muito amplamente adoptada pela nossa doutrina, como já evidencia o material doutrinário que é convocado pelo acórdão do Supremo em sustentação da decisão adoptada.

Recorde-se que já José Tavares([23]) se pronunciou sobre esta matéria nos seguintes termos:

> "Na Itália discute-se se a nulidade da instituição torna caduca a substituição.
>
> A afirmativa é sustentada por alguns escritores, com o fundamento de que a instituição é o antecedente lógico de que depende a substituição: e daí a consequência:
>
> *Cum principalis causa non consistit, neque ea, quae sequuntur, locum habet*".
>
> Mas em contrário observa-se que é uma questão de vontade averiguar se, não obstante a nulidade da instituição, o testador quis que tenha lugar a substituição.
>
> E nestes termos parece certo que o testador com a substituição quis prevenir o caso da sucessão intestada, de modo que, se por qualquer motivo a instituição fica sem efeito, nem por isso deve deixar de se verificar a substituição por ele ordenada".

Também Cunha Gonçalves([24]) escreveu a este propósito o seguinte:

> "É discutido, porém, se a nulidade da instituição faz caducar a substituição; e há quem sustente a afirmativa, dizendo que a instituição é o antecedente lógico da substituição. Mas, não é assim. O antecedente lógico da substituição não é, necessariamente, a validade da instituição; pelo contrário, (...) a substituição tem lugar sempre que o instituído *não pode aceitar* a herança; e a nulidade da substituição é uma das causas

---

([23]) *Ob. cit.*, p. 403.
([24]) *Tratado...,* cit., p. 134.

de não poder aceitá-la. Demais, a intenção do testador é impedir a sucessão legítima; e esta intenção ficaria prejudicada se a substituição dependesse, sempre, da validade da instituição".

Na doutrina contemporânea cite-se, por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO([25]):

> "qualquer impedimento à primitiva deixa deve, por vontade do testador, conduzir à atribuição ao substituto. E entre esses impedimentos está a invalidade da instituição principal. Ao instituidor pode ter-se prefigurado como certa ou como possível essa invalidade, e é seguro que a sua vontade teria sido então a de instituir o substituído. É essa intenção normal que é assegurada pelo entendimento lato da previsão de o instituído não poder aceitar".

Note-se, contudo, que, na nossa doutrina, se apartam desta construção, ainda que acolhendo o mesmo resultado do chamamento do substituto em caso de nulidade da disposição prioritária, PAMPLONA CORTE-REAL e JORGE DUARTE PINHEIRO. Com efeito, PAMPLONA CORTE-REAL tem uma posição negativa quanto à admissibilidade da nulidade de uma disposição testamentária como pressuposto do "não poder" gerador de vocação indireta, pois "a razão de ser dessas nulidades acaba também por se reconduzir a uma proteção da liberdade de testar, ou da expressão real da vontade do testador, pelo que delas decorrerá, necessariamente, a caducidade da disposição testamentária e a ineficácia dos mecanismos que a pressuponham, *maxime*, as vocações indiretas", muito embora admita a respectiva atuação em relação à "substituição direta", mas pela via da "conversão da substituição em instituição direta, se essa for realmente a vontade do testador"([26]). Na sua esteira, JORGE DUARTE

([25]) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões,* cit., p. 179 (cf. também p. 174: "se perguntarmos se a nulidade da disposição testamentária pode originar uma vocação indireta, chegamos a uma resposta nitidamente afirmativa na substituição vulgar"). Esta posição foi expressamente seguida por CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 219. Vd. igualmente no mesmo sentido, ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 443; EDUARDO DOS SANTOS, *Direito das Sucessões,* cit., p. 195.

([26]) *Sucessões,* cit., p. 230. Vd. ainda nesta obra, p. 238: "a substituição direta parece poder relevar face a uma disposição testamentária nula ou anulável, mas necessariamente convertida, crê-se, em instituição direta"

PINHEIRO sustenta que a "invalidade da designação do substituído afecta a validade da substituição direta", e "[q]uando muito, haverá uma conversão da substituição direta em instituição direta a favor daquele que seria o substituto".

Não parece persuasiva esta tese da contaminação da instituição substituta pela nulidade da instituição prioritária e do recurso subsequente ao instituto da conversão do negócio jurídico (art. 293.º) para aproveitamento da substituição.

É que a substituição direta é uma instituição que vem em segundo grau *(instituto sub)*, para o caso da primeira instituição se frustrar, mas não lhe é acessória, nem dela deriva, não existindo entre a instituição e a substituição nenhuma relação de submissão no sentido de a invalidade da primeira afectar a validade da segunda. O substituto possui uma vocação *iure proprio*, resultante diretamente da disposição testamentária substitutiva, mesmo que o seu *ius delationis* esteja subordinado à falência da vocação do primeiro instituído, a qual é tomada em consideração em relação à vocação do substituto, mas unicamente como ponto de referência para a fixação da respectiva situação jurídica. Assim, a relação de dependência que se detecta na substituição direta prende-se simplesmente com o facto de a frustração da instituição prioritária operar como o evento que determina a eficácia da substituição direta — e é tudo.

Aquela tese já foi, aliás, devidamente refutada por GALVÃO TELLES(27) que, pronunciando-se sobre a ideia do "carácter subordinado da substituição, dizendo que ela se encontra na dependência da instituição e que, portanto, se esta é nula, também aquela deve sê-lo, pelo princípio de que *cum principalis causa non consistit, neque ea, quae sequuntur, locum habent",* bem observou que "a dependência da substituição relativamente à instituição não tem o significado que neste argumento se lhe atribui", pois essa "dependência não significa que a validade da instituição seja pressuposto da validade da substituição; significa que a segunda só pode verificar-se em concreto quando a primeira fique sem efeito, o que é, por assim dizer, o inverso".

---

(27) *Direito de representação...,* cit., p. 187.

Acresce que a figura da conversão do negócio jurídico (art. 293.º) possui um sentido *objectivo*, relativo ao tipo, à estrutura ou ao conteúdo negocial; ora, a "conversão" que assim se convoca é estritamente *subjetiva*, dado reportar-se apenas, em ultima instância, à pessoa do beneficiário.

Temos, pois, para nós que, na oposição, quanto à relevância da nulidade da disposição testamentária primária, entre a tese da substituição direta imediata e a tese da conversão da instituição secundária em instituição direta — discussão dogmática em que o acórdão em apreço, de modo inteiramente coerente com a missão que cabe à função jurisdicional, não se intrometeu, por se tratar de questão extravagante para a resolução do caso concreto *sub judice*([28]) — a razão está com a primeira orientação dogmática.

Afigura-se-nos mesmo que, numa hipótese como aquela que se encontrava em apreciação, esta orientação ainda se justifica mais incisivamente, já que estava em causa a indisponibilidade relativa prevista no art. 2197.º, em relação à qual, como se viu atrás (**n.º 3, II**), a lei taxativamente determina, numa redução legal, que a nulidade só afecta a disposição testamentária que concerne ao beneficiário em questão.

5. O âmbito de aplicação da presunção de vontade testatória objecto do n.º 2 do art. 2281.º

I. A resolução do caso *sub judice* não se contentava, porém, com a decisão de qualificação da nulidade da estipulação testamentária primária como um motivo determinativo, por impossibilidade de aceitação da herança, da substituição direta. Envolvia ainda a resolução de uma segunda questão atinente ao facto de o testador ter mencionado na disposição substitutiva, como motivo

---

([28]) Escreve-se no acórdão, a este propósito, o seguinte: *"sem nos alongarmos desnecessariamente neste campo, por qualquer das mencionadas vias (substituição direta imediata ou conversão da instituição secundária em instituição direta) é alcançado o mesmo objectivo, sendo a herança devolvida a favor do herdeiro substituto e impedindo, assim, que se conclua pelo chamamento da irmã do testador na sua qualidade de herdeira legítima"*.

para a substituição, unicamente uma das hipóteses subsumíveis à categoria respeitante a "não poder aceitar" a herança, a pré-morte da sucessível prioritária (*"Se à hora da minha morte aquela HH já houver falecido...* — vd. acima **n.º 1, II, i)**).

Ora, também neste ponto o acórdão em anotação perfilhou uma solução bem interessante, de largo alcance, que importa devidamente evidenciar.

II. Depois de declarar no n.º 1 do art. 2281.º que o testador pode substituir outra pessoa ao instituído "*para o caso de este não poder ou não querer aceitar*", consignou o nosso Código Civil no n.º 2 do art. 2281.º que: "*Se o testador previr só um destes casos, entende-se ter querido abranger o outro, salvo declaração em contrário"*.

Temos aqui, mais uma vez, uma determinação assente numa funda tradição manifestada no princípio clássico *"casus voluntatis comprehendit sub se casum impotentiae e vice versa"*([29]).

No nosso Direito esta orientação foi consagrada, pela primeira vez, nas Ordenações Filipinas, em cujo Livro IV, título 87, §§ 1 e 2, se dizia o seguinte:

> "1. Substituição vulgar pode fazer qualquer Testador ao herdeiro que instituir, e por esta razão se chama *vulgar*, e comummente se faz em esta forma: *Instituo a Pedro por meu herdeiro, e se não for meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo*. As quais palavras: *se Pedro não for meu herdeiro*, compreendem dois casos, por cada um dos quais pode acontecer que o dito Pedro não seja herdeiro: o primeiro, se não o quiser ser, o segundo se não puder; e por qualquer deles que aconteça o Pedro, herdeiro instituído, não ser herdeiro, haverá lugar a substituição vulgar, e Paulo substituto haverá a herança do Testador.
>
> 2. E quando o Testador nomeadamente declarar um caso só destes dois na substituição vulgar que fizer, assim como se disser: se Pedro não quiser ser meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo; e este caso nomeado não acontecer, senão o outro, de que o Testador não falou, assim como será se o Pedro não puder ser herdeiro, também ao tal caso, que não foi expresso na substituição vulgar, feita neste modo, se esten-

---

([29]) Vd. José Tavares, *ob. cit.*, p. 401.

derá a vontade do Testador, e o substituto vulgar naquele caso, que o Testador somente especificou, também haverá a herança, acontecendo o outro caso, de que o Testador não fez menção"([30]).

O Código Civil de 1867, curiosamente, não previu nenhuma disposição específica com esta determinação. A doutrina da época não hesitou, porém, em reputar o princípio "*casus voluntatis comprehendit sub se casum impotentiae e vice versa"* como inteiramente válido e vigente. Assim, DIAS FERREIRA([31]) escreveu: "deve adoptar-se nesta espécie a doutrina da ordenação, não só por mais conforme à intenção do testador, artigo 1761.º, que desejava beneficiar o substituto, sem que fosse razão plausível para influir no seu animo *o motivo* por que o substituído não aceitasse a herança, e até por analogia, e por força dos princípios do direito natural, nos termos do artigo 16.º". Também JOSÉ TAVARES([32]) declarou: "O nosso código não tem disposição semelhante. Entretanto deve entender-se como se a tivesse, porque o essencial para que se dê a substituição é que o instituído não aceite a herança ou o legado, qualquer que seja o motivo, ou por não querer ou por não poder". Igualmente CUNHA GONÇALVES, numa concepção algo ingénua mas impressiva, considerou: "dentro das regras da interpretação, pode também dizer-se que o herdeiro, quando *não quer aceitar* é porque *não o pode*, embora por motivos de ordem moral; e quando *não pode*, também *não quer*, como sucede com o pré-defunto, o demente, o proibido de suceder". Por fim, GALVÃO TELLES([33]), ainda no domínio do Código Civil de 1867, sustentou: "Perante tradição tão inveterada, se o legislador português dela quisesse afastar-se, tê-lo-ia dito. E, por isso, deve entender-se que, mencionando o testador só uma das causas de não sucessão pelo instituído — não poder ou não querer — a outra se conterá implícita no testamento".

([30]) Cite-se MANUEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, T. II, 3.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1852, p. 563, § 714: "Estas duas causas subentendem-se, ainda que o testador somente mencione uma, ou nenhuma".

([31]) *Ob. cit.*, p. 241

([32]) *Ob. cit.*, p. 401.

([33]) *Direito de representação*..., cit., p. 191.

O Código Civil de 1966 colocou, novamente, em letra de forma esta orientação com o enunciado constante do n.º 2 do art. 2281.º.

III. Todavia, este enunciado do n.º 2 do art. 2281.º não permitia, no seu teor literal, resolver a situação que se deparava no caso dos autos, em que o testador previu a substituição em relação apenas à hipótese específica de o sucessível prioritário não lhe sobreviver, o que não aconteceu (cf. acima **n.º 1, II, *i*)** e ***iii*)**).

Na verdade, o n.º 2 do art. 2281.º compreende *somente* a situação em que se verifica a invocação testamentária de uma das *categorias gerais* de "não poder" ou "não querer" aceitar a herança ou o legado, já não abrangendo as hipóteses em que o testador *especifica* um ou mais *casos particulares* de "não poder" ou "não querer" aceitar a sucessão. O n.º 2 do art. 2281.º determina, de facto, *meramente* que se o testador previr a substituição para um dos *grupos genéricos de casos* (*casus impotentiae* ou *casus voluntatis*), presume-se que pretendeu igualmente referir-se ao outro *grupo genérico de casos* não indicado (*casus voluntatis* ou *casus impotentiae*), excepto se se detectar, nos termos da interpretação do testamento, uma vontade testamentária em contrário (como sucederá, por exemplo, se o testador instituir um determinado substituto para o grupo de casos de "não poder" aceitar a sucessão e um outro substituto para o grupo de casos de "não querer" aceitar a sucessão([34])). Nestes termos, o art. 2281.º, n.º 2, na sua literalidade, apenas se reporta ao circunstancialismo em que o testador prevê uma única *categoria* de casos, estatuindo, então, que se presume que a substituição abrange igualmente a outra *categoria* de casos, sendo este, e só este, o campo próprio de aplicação do dispositivo legal.

Assim, em suma, o n.º 2 do art. 2281.º, em razão do seu teor, não vale diretamente senão para a enunciação pelo testador, em termos genéricos, de uma das categorias de não poder ou não querer aceitar a sucessão, pelo que não abarca a estipulação em que o tes-

---

([34]) Vd. VINCENZO-RODOLFO CASULLI, *ob. cit.*, p. 973.

tador se limita a indicar, como base da substituição, um fundamento específico compreendido numa daquelas categorias genéricas.

É, por isso, inteiramente rigorosa a apreciação que se encontra neste acórdão sobre o significado do n.º 2 do art. 2281.º quando nele se escreve que: "*é relativamente indiferente que na disposição testamentária com objectivos de substituição direta o testador se tenha referido apenas a uma das circunstâncias* gerais. *A não ser que exista declaração (expressa ou tácita) em contrário, a referência apenas a uma das ocorrências* gerais *("não poder" ou "não querer aceitar a herança") não prejudica a aplicabilidade da outra*".

IV. Vale a pena notar, para reforçar o que se explicitou no ponto anterior, que era distinto e mais vasto o âmbito de aplicação desta presunção que foi proposto no "Anteprojeto da Parte do novo Código Civil relativa ao Direito das Sucessões"([35]), da autoria de GALVÃO TELLES, dado o teor do respectivo art. 288.º:

> *"§ 1.º — O testador pode substituir ao herdeiro instituído outra pessoa para o caso em que o primeiro não possa ou não queira aceitar a herança: é o que se chama substituição vulgar ou direta.*
>
> *§ 2.º — Se o testador previr só algum motivo pelo qual o instituído não suceda, entender-se-á ter querido abranger também todos os outros motivos salvo declaração sua em contrário*".

Como se observa, nesta redação, a presunção não respeitava simplesmente a *categorias* de casos, mas antes, mais vastamente, a *motivos* específicos de não aceitação do instituído, considerando-se todos abrangidos pela substituição.

Com a primeira revisão ministerial do projeto da parte relativa ao Direito das Sucessões alterou-se, porém, esta redação, passando antes o dispositivo correspondente (art. 2343.º) a apresentar o seguinte teor([36]):

([35]) Citamos de *Direito das Sucessões. Trabalhos preparatórios do Código Civil*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, 1972, p. 108.

([36]) *Direito das Sucessões. Trabalhos preparatórios do Código Civil,* cit., pp. 435-436.

"*1. O testador pode substituir ao herdeiro instituído outra pessoa para o caso de ele não poder ou não querer aceitar a herança. É o que se chama substituição vulgar ou direta.*

2. Se o testador previr só um destes casos, entende-se ter querido abranger o outro, salvo declaração em contrário".

Foi esta última versão que, permanecendo nas revisões subsequentes, determinou o enunciado do preceito constante do Código Civil.

Deste modo, em conclusão, o âmbito de aplicação do n.º 2 do art. 2281.º respeita unicamente às referências testamentárias a categorias de *casus impotentiae* ou *casus voluntatis.*

V. Justamente, no caso dos autos, o autor da sucessão, no seu testamento, não se reportou a uma destas *circunstâncias* ou *ocorrências gerais* (para utilizar as expressões do acórdão), mas especificou o motivo determinativo da substituição no seguinte modo: *"Se à hora da minha morte aquela HH já houver falecido, instituo então meu único e universal herdeiro de todos os meus bens, direitos e ações, que à hora da minha morte me pertencerem, o filho do meu maior amigo de infância, CC"*, indicando, portanto, uma circunstância particular de "não poder" .

Como tal, a aplicação da substituição direta para o caso da nulidade da instituição primária não podia ser decidida simplesmente na base imediata do disposto no n.º 2 do art. 2281.º, porquanto aquela estipulação testamentária implicava uma fenomenologia distinta da prevista neste n.º 2 do art. 2281.º, já que o testador não atendeu a uma categoria ou grupo de casos, mas aludiu unicamente ao caso específico da pré-morte.

Mas, dito isto, não se justificará igualmente aplicar a uma tal fenomenologia uma presunção do tipo da prevista no n.º 2 do art. 2281.º?([37]) Ou, pelo contrário, deve antes entender-se que a especificação indica que o testador só admitiu como fonte da substituição direta a hipótese de pré-falecimento do instituído primário, com exclusão de qualquer outro motivo?

([37]) Como se propunha, como se viu, no anteprojeto de GALVÃO TELLES relativo ao "Direito das Sucessões".

CUNHA GONÇALVES([38]) sustentava este último entendimento: "Clara está que a dita regra [*casus voluntatis comprehendit in se casum impotentiae et vice-versa*] só é aplicável quando o testador não manifestou vontade contrária à indiferença das causas da não-aceitação, por exemplo, especificando concretamente o motivo da substituição, assim: "somente se este falecer antes de mim" ou "se este repudiar a herança". Esta especificação parece-me incompatível com a presunção de que o testador admitiu toda e qualquer causa, como na fórmula genérica "não pode" ou "não quer"".

Esta tese, no fundo, convoca a diretriz hermenêutica *expressio unius est exclusio alterius,* pela qual, quando é previsto ou especificado um caso de uma lista para uma certa consequência, cabe entender que os outros casos da lista não estão abrangidos pela mesma consequência.

Esta posição, todavia, padece do inconveniente de assumir à partida que a referência a um caso particular configura uma *exclusão* quando pode muito bem representar apenas uma *ilustração*.

Ora, precisamente, no que concerne à substituição direta, tendo em conta a *ratio* que lhe está subjacente de tutela da vontade testatória na designação dos sucessíveis e de afastamento da eleição do chamado subsequente que seria determinada pela normas legais, parece impor-se com grande vigor a ideia de que a menção específica a um *casus substitutionis* possui valor *exemplificativo*, pelo que ficarão abrangidos pela substituição todos os outros motivos de não poder ou não querer aceitar a sucessão não indicados (salvo se houver declaração em contrário, como no exemplo acima citado de CUNHA GONÇALVES "*somente se este falecer antes de mim*", dada a presença do advérbio "*somente*").

Com efeito, como observou ANTUNES VARELA([39]): "Normalmente, ao designar o *substituto*, o testador terá em vista, no seu espírito, todos estes casos, ou seja, a hipótese geral de se frustrar, *por qualquer causa*, a vocação hereditária". Do mesmo modo sustentou GALVÃO TELLES([40]) que: "Desde que o testador não exterio-

---

([38]) *Tratado...,* cit., p. 131.
([39]) *Ob. cit.*, p. 443.
([40]) *Direito de representação,* cit., pp. 190-191.

rizou vontade contrária, é de presumir que tenha querido chamar o substituto sem distinção de hipóteses, por não haver, em princípio, razão plausível para o chamar nuns casos e não o chamar noutros", donde concluía que se devia "interpretar extensivamente a *voluntas testatoris,* de modo a abranger nas deficientes expressões usadas pelo defunto todas as possíveis causas de falta do instituído, quando o testador especificar apenas algum ou alguns dos aspectos do *casus impotentiae*", excepto se "pelos meios idóneos de interpretação se apure que o disponente quis estatuir coisa diversa".

Pois bem, dado o carácter que temos como absolutamente convincente desta justificação, e em atenção à *ratio* subjacente à substituição direta, julgamos que deve ser inteiramente acolhida a *extensão analógica* da disposição do n.º 2 do art. 2281.º, e da presunção de função interpretativa-integrativa dela constante, que, entre nós, foi propugnada por JORGE DUARTE PINHEIRO([41]): "Por analogia, se [o autor da sucessão] tiver previsto apenas uma situação de não poder (não sobrevivência) ou de não querer (repúdio), entende-se ter desejado abranger todas as outras situações susceptíveis de desencadear em geral uma vocação indireta (indignidade, etc.), na falta de estipulação diversa".

Justamente, o acórdão em anotação, sustentando-se nesta posição, considerou que *"as razões de tal preceito e a preferência que é dada à vontade real do testador revelam uma maior amplitude"*, de tal sorte que a substituição direta foi aplicada no caso concreto, dada a inexistência *"de uma declaração, expressa ou tácita, do testador em sentido inverso"*, de modo a compreender, não apenas o caso expressamente previsto de pré-falecimento do sucessível, mas igualmente o caso não previsto da nulidade da disposição testamentária prioritária.

VI. Seja-nos permitido destacar a relevância jurídica operacional da extensão analógica do n.º 2 do art. 2281.º, por força da qual a presunção legal *iuris tantum* de operatividade da substituição direta para qualquer *casus substitutionis* vale também nas

---

([41]) *Sucessões,* cit., p. 282.

situações em que o testador não enunciou genericamente a circunstância de o sucessível prioritário não querer ou não poder aceitar, mas se limitou a apontar um caso particular susceptível de se reconduzir a uma destas duas categorias.

É que, sem a extensão analógica deste preceito, na hipótese da indicação pelo testador de apenas um caso particular de não poder ou não querer aceitar a sucessão, a aplicação da substituição direta para qualquer outro caso, pressuporia, em conformidade com as regras de interpretação do testamento (art. 2187.º), com provável necessidade de recorrer a prova complementar, a demonstração positiva de uma vontade específica, real ou hipotética, do *de cuius* no sentido da aplicação dessa vocação indireta mesmo nos casos não expressamente indicados.

Ora, a aplicação analógica do art. 2281.º, n.º 2, a estas fenomenologias de especificação de casos particulares de não poder ou não querer aceitar a sucessão implica que o sentido interpretativo-integrativo da vontade testatória que a presunção manifesta valerá sempre que não se detecte uma declaração em contrário, pelo que a substituição direta operará sem necessidade de apurar uma vontade particular nesse sentido. Assim, pois, compete a quem nisso for interessado o ónus de provar, ilidindo a presunção, que o testador não pretendia o funcionamento da substituição direta para os casos não indicados.

As razões subjacentes ao instituto da substituição direta justificam inteiramente esta solução dogmática, razão por que nos parece inteiramente adequada a aplicação "maximizante" da presunção do n.º 2 do art. 2281.º, que se traduz, bem vistas as coisas, no aproveitamento "optimizante" da sucessão testamentária.

6. Conclusão

I. Para o caso concreto, em face das soluções acolhidas nos termos acima analisados pelo acórdão em apreço, a conclusão só podia ser a improcedência da petição da herança formulada pela autora, pois, por força da substituição, II, de cuja herança a autora era a herdeira testamentária, não foi chamada como sucessível legítima à herança do seu irmão autor da sucessão GG. Com efeito,

como se refere no acórdão, *"pese embora a inequívoca nulidade da deixa testamentária a favor de HH, a herança de GG não seguiu a linha da sucessão legítima, para a sua irmã II e, depois, por via testamentária para a primitiva A."*, mas, pelo contrário, *"malgrado tal invalidade, conteve-se, em respeito pela vontade do testador, no quadro definido no testamento"*.

Curiosamente, se este não reconhecimento do direito a peticionar a herança de GG à autora (e seus sucessores depois habilitados) é o efeito processualmente relevante emergente do processo, não se pode deixar de observar que se retira da factualidade relatada nos autos, que, em termos substantivos, os bens da herança de GG não foram corretamente adquiridos em conformidade com a vontade do *de cuius* e o programa testamentário, pois o beneficiário do acervo hereditário de GG deveria ser o herdeiro substituto, *"o filho do meu maior amigo de infância, CC",* e não os Réus DD e EE, muito embora tenham sido estes que, como se menciona no acórdão (factos provados n.os 5, 32 e 33), depois de se habilitarem à herança de HH*, "adquiriram todos os bens móveis e imóveis do de cujus GG que à data da sua morte eram conhecidos"*, tendo utilizado o testamento cerrado para inscrever a seu favor todos os bens pertencentes à herança do falecido GG.

Por isto, afigura-se-nos que, no caso dos autos, não foi a posição dos Réus que relevou, mas antes a intervenção de um fundamento *de iure tertii*, resultante do direito de terceiro (o substituto), que funcionou como objecção à procedência da pretensão da autora — e não como *exceptio de iure tertii* em sentido rigoroso, pois, em princípio, uma tal exceção apenas poderia ser invocada pelo próprio terceiro titular do direito — em atenção do facto de a ação de petição de herança pressupor que o autor tenha e comprove a qualidade de herdeiro (art. 2075.º).

II. Mas o que importa destacar, como conclusão, são as aquisições dogmáticas que resultam do presente acórdão, que se podem sumariar nas seguintes duas proposições jurídicas:

i) nos termos do n.º 1 do art. 2281.º, a nulidade da disposição testamentária primária é um caso determinativo da

eficácia da substituição direta, por impossibilidade de aceitação do sucessível prioritário;

ii) quando o testador, em sede de substituição direta, indica apenas um caso particular e específico de não poder ou não querer aceitar a sucessão deve presumir-se, na ausência de declaração em contrário, que pretendeu abarcar qualquer motivo de frustração da instituição primária, nos termos de uma extensão analógica do n.º 2 do art. 2281.º.

Estas proposições dogmáticas têm, naturalmente, virtualidade para funcionar como significativos critérios de decisão para a resolução de litígios semelhantes — daí a importância deste douto acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.

CONSELHO GERAL

Parecer n.º 41/PP/2012-G

Relator: Miguel Salgueiro Meira

Assunto: Publicidade

Proposta de deliberação

Veio o Dr. ....., advogado com a cédula profissional n.º 4221c, solicitar parecer relativamente à publicitação da sua actividade profissional de advogado.

O Requerente diz ter sido *"convidado para efectuar publicidade à m/actividade profissional, em painel a fixar nas instalações de um Clube de Futebol que se encontra a disputar o campeonato da II Divisão, Zona Centro, assim como em revista/folhetos alusivos à actividade do clube"*.

De acordo com o Requerente *"A publicidade passaria pela referência ao nome profissional, actividade profissional, escritórios e contactos"*.

Contudo, porque o mesmo tem *"dúvidas quanto à licitude desta conduta"* vem solicitar parecer sobre a mesma a este Conselho Geral.

As questões a analisar são, por isso, a dos ***conteúdos da publicidade pretendida*** e a da ***licitude dos meios utilizados para o efeito***.

Vejamos:

O regime da informação e publicidade da actividade de advogado está contido no art. 89.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA).

O n.º 1 desse mesmo artigo dá-nos a regra geral relativa à publicitação da actividade de advogado. De acordo com essa disposição legal *"O advogado pode divulgar a sua actividade profissional de forma objectiva, verdadeira e digna, no rigoroso respeito dos deveres deontológicos, do segredo profissional e das normas legais sobre publicidade e concorrência"*.

Por seu turno, os n.os 2, 3 e 4 daquele art. 89.º do EOA fazem, respectivamente, uma enumeração exemplificativa — **não exaustiva** — do que deve entender-se por *"informação objectiva"*, *"actos lícitos de publicidade"* e *"actos ilícitos de publicidade"*.

Diga-se, desde logo, que **os conteúdos de informação**([1]) **que o Requerente pretende publicitar relativa ao exercício da sua actividade de advogado são perfeitamente lícitos à luz das alíneas *a*), *c*), e) e *i*) do n.º 2 do art. 89.º do EOA.**

Pelo que, relativamente a essa parte, nada à a censurar na pretendida publicidade.

A questão coloca-se apenas relativamente aos meios pretendidos para a publicitação daquela informação: num ***painel publicitário colocado num campo de futebol*** e na ***revista/folhetos alusivos à actividade do clube***.

Nenhum destes dois instrumentos de publicidade se encontram expressamente regulamentados no EOA.

No que toca à afixação de publicidade de advogados em "placas" publicitárias, o EOA apenas alude na alínea *n*) do n.º 2 do seu

---

([1]) *"A publicidade passaria pela referência ao nome profissional, actividade profissional, escritórios e contactos"*.

art. 89.º à ***possibilidade de colocar placas ou tabuletas identificativas da existência do escritório de advogado no exterior do mesmo***.

Esta possibilidade expressamente prevista na lei de publicitação do exercício da advocacia através de "placas" ou "tabuletas" está, naturalmente, associada à identificação do local onde o advogado exerce a sua actividade para a sua localização pelos seus clientes. Ela nada tem que ver com a publicidade da actividade mas sim com informação sobre a mesma.

De facto, **a advocacia não se confunde com qualquer actividade comercial**, ***tendo uma dignidade própria que lhe é conferida com o reconhecimento constitucional da sua essencialidade para a administração da justiça*** (art. 208.º da Constituição da República).

Nessa medida, **o seu exercício não deve submeter-se a formas de publicitação de uma qualquer actividade comercial** (que visa desenfreadamente alcançar o lucro) **que ponham em causa a nobreza e dignidade da essencialidade da sua função**.

O respeito por essa dignidade é expressamente imposto pelo n.º 1 do art. 89.º do EOA.

Assim sendo, somos de parecer que **a actividade de advogado *não deve* ser publicitada por qualquer "placa" ou "tabuleta" em recintos desportivos, em outros recintos ou na via pública como uma qualquer actividade comercial**.

Ressalvada fica, naturalmente, a possibilidade de o advogado ter uma placa identificativa do seu escritório, sendo certo que aí o intuito não será publicitário mas sim informativo da sua localização.

Pelas mesmas razões, entendemos que **o exercício da advocacia não deve ser publicitada em folhetos, revistas ou pasquins de um qualquer clube futebolístico ou associado a qualquer outra actividade**.

A publicitação do exercício da advocacia apenas poderá ser feita nos termos expressamente autorizados pelas alíneas *e*) do n.º 3 do art. 89.º do EOA, através de anuários profissionais, nacionais ou estrangeiros, pois estas resumem-se à publicitação exclusiva da actividade de advocacia, não confundindo o seu exercício

com o de qualquer outra actividade comercial, mantendo, desse modo, a dignidade da profissão.

Conclusões:

1.ª — De acordo com a regra geral relativa à publicitação da actividade de advogado contida no n.º 1 do art. 89.º do EOA, *"O advogado pode divulgar a sua actividade profissional de forma objectiva, verdadeira e digna, no rigoroso respeito dos deveres deontológicos, do segredo profissional e das normas legais sobre publicidade e concorrência"*.

2.ª — Os conteúdos de informação que o Requerente pretende publicitar relativa ao exercício da sua actividade de advogado são perfeitamente lícitos à luz das alíneas *a*), *c*), *e*) e *i*) do n.º 2 do art. 89.º do EOA..

3.ª — Mas tal não sucede com os meios através dos quais pretende fazer tal publicitação.

4.ª — A advocacia não se confunde com qualquer actividade comercial, ***tendo uma dignidade própria que lhe é conferida com o reconhecimento constitucional da sua essencialidade para a administração da justiça*** (art. 208.º da Constituição da República).

5.ª — O seu exercício não deve submeter-se a formas de publicitação de uma qualquer actividade comercial que ponham em causa a nobreza e dignidade da essencialidade da sua função, cujo respeito é imposto pelo n.º 1 do art. 89.º do EOA.

6.ª — Assim sendo, **a actividade de advogado *não deve* ser publicitada por qualquer "placa" ou "tabuleta" em recintos desportivos, em outros recintos ou na via pública como uma**

qualquer actividade comercial, com a única excepção da placa identificativa do escritório do advogado.

7.ª — Pelas mesmas razões, entendemos que **o exercício da advocacia não deve ser publicitada em folhetos, revistas ou pasquins de um qualquer clube futebolístico ou associado a qualquer outra actividade**.

8.ª — A publicitação do exercício da advocacia apenas poderá ser feita nos termos expressamente autorizados pelas alíneas *e*) do n.º 3 do art. 89.º do EOA, através de anuários profissionais, nacionais ou estrangeiros, pois estas resumem-se à publicitação exclusiva da actividade de advocacia, não confundindo o seu exercício com o de qualquer outra actividade comercial, mantendo, desse modo, a dignidade da profissão.

É este o nosso parecer.

Viana do Castelo, 15 de Janeiro de 2013

O relator, Miguel Salgueiro Meira

Aprovado na sessão do Conselho Geral de 16 de Janeiro de 2013.

CONSELHO SUPERIOR

Ratificação de pena de expulsão
Processo n.º 3/2013-CS/RP

Relator: Carlos Pinto de Abreu

Participante: Instituto de Gestão Financeira e de Infra estruturas da Justiça, I.P.
Arguido: Dr ….. (CP …..)

PARECER

I

1 — A conduta profissional do Senhor Dr. ..... foi apreciada no processo 740/2011-L/D que é composto de nove volumes e de um apenso com a acta da audiência pública.

2 — Os factos averiguados neste processo constam da acusação de fls. 2692 a 2807, do relatório final de fls. 2834 a 3033, e foram apreciados na audiência pública de 23.04.2013 do plenário do Conselho de Deontologia de ....., tendo sido proferido o acórdão constante do apenso com a acta da audiência pública.

Previa-se expressamente a possibilidade de aplicação de qualquer uma das penas previstas nos n.os 1 a 6 do art. 125.º do EOA entre as quais está a de expulsão.

3 — Com base nos factos provados aquele Conselho deliberou aplicar ao Senhor Dr. ..... a "pena única de expulsão, prevista no art. 125.º, n.º 1, alínea *f*), com referência ao disposto no art. 145.º n.º 1 do EOA e cumulativamente a devolução à entidade comunicante de todas as verbas que foram pedidas em excesso e que lhe tenham sido prestadas, nos termos do art. 125.º, n.º 4 do EOA".

4 — Considerando a pena aplicada e o disposto no art. 135.º, n.º 2 do EOA, o Conselho de Deontologia de ..... logo determinou a subida dos autos a este Conselho Superior "para apreciação e eventual ratificação da pena aplicada".

5 — Recebidos e distribuídos os autos (incluindo apenso com a acta da audiência pública) há que proceder em conformidade.

II

1 — Sob o ponto de vista formal tudo se mostra conforme à legalidade.

A decisão foi aprovada por unanimidade de todos os membros presentes na audiência realizada no Conselho de Deontologia de ....., em número muito superior à maioria qualificada prevista no EOA (arts. 52.º e 135.º, nº 1), mais concretamente dezasseis membros.

2 — A possibilidade de aplicação da pena de expulsão consta claramente da acusação notificada ao arguido (fls. 2692 a 2807 e, mais concretamente, a fls. 2807 no seu terceiro parágrafo). Igualmente foram respeitados os demais requisitos previstos no art. 148.º do EOA.

III

1 — Quanto ao fundo há que considerar que ficaram provados factos que justificam a declaração que consta expressamente da decisão agora sujeita a ratificação, de que "a conduta do Senhor Advogado arguido afecta gravemente a dignidade e o prestígio profissional".

2 — Efectivamente do processo instaurado constam sucessivas, reiteradas e graves violações dos deveres profissionais por parte do arguido, as quais justificam, sem qualquer dúvida ou reserva, a aplicação da pena em causa.

3 — A factualidade provada no processo, bem como as provas, quer desfavoráveis, quer favoráveis ao arguido, foram tidas em consideração na decisão final.

Para não alongarmos excessivamente este parecer, damos os mesmos aqui por integralmente reproduzidos para todos os efeitos legais (cf. apenso com a acta da audiência pública), sem prejuízo do resumo que do final do acórdão consta que pela sua síntese e clareza aqui se transcreve:

> *"O Senhor Advogado arguido reincidiu na sua conduta dolosa, ao longo do tempo em que, sem razão e sem direito, pediu pagamentos de honorários e despesas que sabia que não lhe eram devidos ou não o eram nos valores por ele pedidos.*
>
> *E dizemos até que também se verifica a circunstância agravante da acumulação de infracções sempre que duas ou mais infracções sejam cometidas simultaneamente ou antes da punição de infracção anterior, pois que cada um dos casos (processos judiciais) tratados individualmente e estamos perante 120 casos de infracções cometidas antes da punição das infracções anteriores (considerando que cada infracção ocorreu instantaneamente quando foi lançado na plataforma "sinoa" o pedido de pagamento dos honorários e despesas).*
>
> *O Senhor Advogado arguido causou dois tipos de prejuízo; por um lado o prejuízo causado ao Estado, enquanto entidade pagadora dos honorários correspondentes a tais serviços que fez constar nos pedidos e as despesas que referiu ter feito; por outro lado, e em nosso entender muito mais grave, o prejuízo que causou à advocacia, e à*

imagem dos advogados, e à quebra de confiança que bem sabemos que passou a existir a partir da altura em que foram detectadas as violações de que o Senhor Advogado arguido é, talvez, o principal protagonista.

Assim, tendo o Senhor Advogado arguido agido dolosamente estão afastadas as possibilidades de lhe serem aplicadas qualquer das penas previstas nas alíneas a) e b) do número 1 do art. 125.º (advertência ou censura), que nos termos dos números 2 e 3 do art. 126.º do mesmo Estatuto apenas podem ser aplicadas a faltas leves.

As penas de multa previstas nas alíneas c) e d) do art. 125.º do EOA são aplicáveis nos casos de negligência, nos termos do número 4 do art. 126.º do EOA. Tendo o Senhor Advogado arguido agido dolosamente, e dada a intensidade e resultado, ainda que se tivesse em conta o facto do Senhor Advogado arguido ser primário sempre teríamos de afastar a hipótese de aplicar ao Senhor Advogado arguido a pena de multa.

Restando a aplicação das penas de suspensão ou de expulsão, previstas nas alíneas e) e f) do número 1 do art. 125.º do EOA, sendo a pena de suspensão até 3 anos aplicável aos casos de culpa grave (número 5 do art. 126.º do EOA) e as penas de expulsão e de suspensão por período superior a três anos aplicadas for infracção disciplinar que afecte gravemente a dignidade e o prestígio profissional (n.º 6 do art. 126.º do EOA).

O Senhor Advogado arguido, ao longo de meses (pelo menos entre 2009 e 2012) lançou mãos do sistema de acesso ao direito e aos tribunais, para nele ir inscrevendo pedidos de pagamento de honorários relativos a diligências que não tinham sido realizadas nos processos em que fora nomeado defensor de intervenientes processuais, chegando ao ponto de pedir pagamentos duas e três vezes nos mesmos processos, e, pior, chegando a pedir pagamentos com referência a processos em que nem sequer fora nomeado defensor a qualquer interveniente processual.

A conduta do Senhor Advogado arguido afecta gravemente a dignidade e o prestígio profissional."

4 — Como resulta do resumo feito dos factos provados, e é confirmado pela prova analisada ao longo dos nove volumes, o arguido actuou com dolo directo e intenso, reincidiu ao longo de mais de uma centena de situações, e acumulou várias infracções ao

longo de três anos com intenção de lograr ilegítima e abusivamente vantagens pessoais que lhe não eram devidas com o correspondente prejuízo para o Estado, o que constitui circunstância agravante (EOA, 128.º alíneas *a*), *d*) e *e*)).

5 — A pena de expulsão, cuja ratificação propomos, não impede a verificação da eventual inidoneidade, sendo certo que ambas poderão, eventual e posteriormente ser objecto de processo de "reabilitação", mas em termos diferentes (EOA, arts. 170.º e 173.º), e isto tanto mais que no processo se delibera também que "o Senhor Dr. ..... não reúne condições morais para continuar a ser advogado".

As infracções disciplinares praticadas pelo arguido afectaram gravemente a sua dignidade e o prestígio profissional.

Foram comportamentos reiterados, ao longo de significativo período de tempo, bem reveladores do seu desrespeito pelos mais elementares deveres deontológicos do advogado, causando prejuízos ao Estado que ascenderam ao valor indicado de 74.127,49 (setenta e quatro mil cento e vinte e sete euros e quarenta e nove cêntimos).

Nada obstava, por isso, a que lhe tivesse sido aplicada, como foi, a pena de expulsão prevista na alínea *f*) do n.º 1 do art. 125.º do EOA.

Esta pena tem de ser ratificada "pelas Secções do Conselho Superior" — EOA, art. 135.º, n.º 2.

Pelo exposto sou de parecer que deve ser **ratificada a pena de expulsão** aplicada em ao Senhor Dr. ..... pelo Conselho de Deontologia de .....

Lisboa, 18 de Julho de 2012

Processo n.º 3/2013-CS/RP
(Ratificação de pena de expulsão)

Participante: Instituto de Gestão Financeira e de Infra estruturas da Justiça, I.P.

Arguido: Dr ..... (CP .....)
Relator: Carlos Pinto de Abreu

ACÓRDÃO

Acordam os membros da 1.ª Secção do Conselho Superior em perfilhar o parecer que antecede, nos termos e com os fundamentos dele constantes, pelo que deliberam ratificar a pena de expulsão.

Lisboa, 13 de Setembro de 2013