

## AUSTERIDADE E CRESCIMENTO NA EURO-CRISE(\*)

*Pelo Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha*

1. O Euro, peça central de uma união monetária constituída sem que se tivesse desenvolvido em paralelo a vertente económica da construção, foi envolvido numa crise que já dura há mais de quatro anos, e cujo desfecho é dificilmente previsível.

A fragilidade económica e o excessivo endividamento dos países do Sul da Europa levaram os mercados a deixar de pressupor que a existência da moeda única era bastante para que as taxas da dívida pública emitida pelos países economicamente mais frágeis permanecessem niveladas pelas do mais forte, passando a debruçar-se sobre a maior ou menor capacidade de cada um dos governos emitentes para satisfazerem os seus compromissos em relação ao exterior.

Dos três países que foram objecto de programas de assistência financeira, a Irlanda teve o melhor comportamento, Portugal conseguiu operar a redução progressiva dos défices orçamentais, mas, até hoje, não logrou realizar a redução do montante da dívida, enquanto a Grécia mergulhou numa crise profunda, suscitando-se

---

(\*) Comunicação apresentada na Academia das Ciências de Lisboa em 12 de Março de 2015.

uma situação de desespero que está na origem da vitória de um partido situado no extremo do espectro político, e atingindo tão elevado montante de dívida pública que, atenta a impossibilidade manifesta de efectuar o pagamento integral nas condições estabelecidas, levou à apresentação de propostas de reformulação das condições do auxílio financeiro.

2. Quando a união monetária foi lançada, os Governos dos países fundadores, e em particular dos que tinham crescentes graus de endividamento, não parecem ter-se apercebido de que a participação na moeda única implicava mudanças de carácter estrutural, com realce para exigências de inovação e de qualidade, e a realização de grandes esforços para assegurar a competitividade relativa das suas economias.

Não terão compreendido que a renúncia à política cambial nacional e à política monetária própria implicava um desafio que alguns equipararam a uma revolução “copernicana” na orientação da economia — assumindo expressão central a produtividade e a competitividade externa. Não se consciencializaram de que, no âmbito da união monetária, embora a balança de pagamentos nacional perdesse parte do seu significado, não deixavam de existir limites a um excessivo endividamento dos países membros em relação ao exterior.

3. Ora, a expansão da procura, pública e privada, acalentada pela facilidade acrescida de colocação de dívida no exterior, acabou por deparar com a exigência de taxas cada vez mais elevadas e, no limite, com a recusa de novos financiamentos. O caso da Grécia marcou a eclosão da crise das dívidas soberanas, assinalando o início de uma fase marcada pela revelação de muito consideráveis choques assimétricos.

As dificuldades dos países devedores foram enfrentadas com base no diálogo entre os Governos respectivos e os credores externos, representados pela tríade composta pelo Banco Central Europeu, pela Comissão Europeia e pelo Fundo Monetário Internacional, tendo sido facultado um auxílio financeiro em contrapartida da fixação de duras e restritivas condições.

Aquelas condições foram impostas (mais do que verdadeiramente acordadas) aos países em causa, que se encontravam sem acesso aos mercados financeiros e que, numa união de que o poder de criação monetária passara para o centro, se achavam impotentes para encontrar na expansão da massa monetária um meio de neutralizar o estrangulamento das respectivas economias.

Sendo compreensível que se conjugue a concessão do financiamento externo com a aplicação de medidas correctivas, destinadas a assegurar a reposição do equilíbrio das contas públicas, e a compensar o declínio da competitividade, e ainda, obviamente, a garantir o reembolso dos créditos facultados, importa saber qual a medida da austeridade que deverá ser praticada, e que políticas deverão acompanhá-la.

4. Se as medidas forem demasiado pesadas, correr-se-á o risco de uma asfixia económica, provocada pela própria acção restritiva. Parece claro, na verdade, que a aplicação da austeridade não deve ser levada até ao ponto de influir perversamente sobre os factores do crescimento.

Com efeito, as condições que acompanham os programas de financiamento por auxílio externo devem estar imbricadas nos imperativos de recuperação da economia real.

E o que se vê é que nos programas de financiamento introduzidos em países como Portugal e a Grécia, sob inspiração predominantemente germânica, estão concentrados na introdução de restrições, relegando para plano secundário a problemática das necessidades de crescimento.

5. Eleito na Grécia, em consequência do visível desespero da população, sofrendo a frustração da falta de uma solução para a crise, um partido de esquerda avançada com traços de populismo (o Syriza), ressaltou o choque entre a visão da austeridade pura e dura, implícita nas concepções dos credores, e a compreensível aspiração de se fazer avançar o país na senda do crescimento económico.

Não terá sido avisado anunciar-se acções com o sentido demagógico de se derrubarem alguns dos ingredientes do pro-

grama austeritário antes ainda de se ter obtido a revisão reclamada desse programa. A decisão, ou pretensão, de readmitir funcionários públicos e de elevar em cerca de 30% o salário mínimo é notoriamente contrária à recuperação da competitividade, que constituiu uma das chaves do problema das dificuldades do país.

A dívida pública da Grécia terá atingido 175% do respectivo produto interno. Parece que o perdão obtido em 2012 de parte muito substancial da dívida helénica detida pelos bancos comerciais no exterior pouco terá afectado a perigosa evolução da dívida. Também é preocupante que a dívida externa portuguesa, tendo alcançado já a casa dos 130% do PIB, não tenha registado decréscimo no período em que ocorreu o auxílio financeiro (os critérios de Maastricht foram quase cumpridos quanto à aproximação do limite do défice orçamental, mas a dívida pública não acusou o início da inflexão antevista).

6. Portugal não está longe do limiar dos 3% do défice anual do orçamento, mas o total da dívida já ultrapassa o dobro do nível máximo de 60%, fixado em Maastricht (o qual, diga-se, não tem sido objecto do rigor com que se tem exigido a observância do primeiro limiar).

Vários factores explicam a evolução verificada ao longo dos últimos anos, desde o declínio do PIB em contexto de recessão da economia (o qual, só por si, eleva a expressão em percentagem do respectivo indicador) até ao próprio volume da assistência externa, traduzida num financiamento que se reflectiu na própria dívida.

São claros os efeitos negativos da política restritiva cuja adopção constituiu condição central da prestação do auxílio a Portugal — desde o muito considerável aumento do desemprego (presentemente em certo refluxo), até à redução do poder de compra e dos níveis de vida.

7. A tese que está na origem daquela política restritiva, e que tem sido identificada com as posições alemãs, quer a nível do Bundesbank, quer no plano do Governo de Berlim (e que se assemelham, em certa medida, à velha e tão criticada receita do FMI), parece ser basicamente a de que as constrições orçamentais não só

levam à superação do défice das contas públicas, como, por via da baixa relativa dos salários, induzem à recuperação da competitividade perdida, suscitando a melhoria da balança exterior e a retoma do crescimento induzido pelas exportações.

A esta visão tem, contudo, de contrapor-se a conspícua produção dos efeitos negativos já mencionados. É que, a partir de certo ponto, a insistência na austeridade, e praticamente só na austeridade, actua por forma perversa sobre as próprias expectativas de crescimento.

O aumento do desemprego e da emigração e as restrições orçamentais afectam diferentemente as diversas camadas da população, não poupando a classe média, e acarretam a estagnação ou definhamento da economia, sem que uma melhoria no plano das exportações, sobretudo quando os principais mercados de destino se encontram depressivos, seja suficiente para fazer arrancar a economia na via da expansão.

Além disso, em consequência da aplicação de doses excessivas de constrição da procura global, deixa de haver estímulos para a recuperação da oferta, e a economia tende a estiar, com contracção do investimento num clima em que se torna patente a falta de confiança geral numa retoma do crescimento, agravada pela prática cessação do afluxo de investimentos externos.

Se é certo que a passagem por certa fase de austeridade não deixa de ser inevitável, pois se trata de repor equilíbrios perdidos e de assegurar condições para solver o endividamento contraído no exterior, não o é menos que a insistência nas políticas restritivas provoca, a partir de certo ponto, uma indesejável retracção da economia.

**8.** Além disso, apresentando-se (como já tem acontecido) sob as vestes de um “castigo” infligido aos “países gastadores”, as imposições dimanadas dos credores no exterior suscitam em certo passo fricções políticas graves. À ideia de “castigo” pode contrapor-se que para a crise da dívida não terá deixado de concorrer o comportamento pretensamente virtuoso das economias dos países que se orgulham da sua extrema ortodoxia financeira, sem atentar nos efeitos negativos da mesma nas exportações dos devedores.

Como se vê, tudo está em aplicar-se a política de austeridade em doses moderadas, combinando-a com a adopção frontalmente assumida de políticas de crescimento que ponham termo à atonia das economias dos países assistidos. Quando ainda estava longe de atingir o seu auge a crise das dívidas soberanas, já se tornara claro que não existe uma passagem automática de austeridade para o crescimento, tornando-se necessário um esforço de auxílio externo especificamente destinado a assegurar a retoma da expansão económica nos países em dificuldade, esforço que seria, aliás, do interesse dos credores, pois de nada lhes servia a incapacidade dos países assistidos para operar o reembolso das dívidas contraídas.

9. No caso da Grécia, é manifesto que a política de austeridade não produziu os efeitos visados. O desespero dos eleitores conduziu a uma inédita orientação política a favor de um partido que, no espaço de um ano, passou a valer 36% da votação nacional (em 2009, obtivera apenas 4,5%), e cujos dirigentes procuram obter concessões envolvendo a exclusão de compromissos assumidos pelo anterior Governo, através de negociação com a triade representativa dos credores externos.

Em Espanha, onde a assistência exterior se limitou ao sector bancário, não tendo sido abrangente como nos casos de Portugal, da Irlanda e da Grécia, tende a processar-se uma semelhante reconfiguração do espectro político, colocando-se à frente das sondagens um partido — o Podemos —, em que se pretende condensar o descontentamento em face das políticas restritivas.

Portugal, onde a capacidade de cobrança de impostos é muito superior à da Grécia, e que já conseguiu o retorno ao refinanciamento nos mercados, possibilitando mesmo a troca recente de parte da dívida para com o FMI por dívida em condições menos onerosas conseguida no mercado, não se envolveu, por agora, em transformações na esfera política análogas às da Grécia e de Espanha, embora não possa considerar-se imune a elas.

O campo de experiência proporcionado nos quatro anos que já leva a euro-crise é já suficientemente demonstrativo das falhas da austeridade pura. Infelizmente, a perspectiva da solidariedade, que

deveria ser dominante no âmbito de uma união económica e monetária, tem estado ausente na frieza dos programas de auxílio externo.

**10.** Não se vê por que razão deveria excluir-se a hipótese de negociação para uma reestruturação da dívida, envolvendo prazos mais extensos de reembolso e reduções das taxas de juro e, desejavelmente, certa indexação das amortizações ao ritmo de evolução do PIB.

Este tema é de particular premência no caso da Grécia, mas, claro está, interessa também a Portugal. Não faria sentido que o nosso país se abstivesse de procurar conseguir algumas das vantagens que venham a ser conferidas à Grécia. De resto, este último país já se encontra beneficiado, mesmo antes das negociações que o seu Governo está a realizar, por ter, em termos do PIB, um peso de juros da dívida externa inferior ao de Portugal.

**11.** A hipótese extrema que também tem sido focada no caso da Grécia, e que para Portugal apenas tem sido proposta por pequeno número de economistas, é a saída do euro — no conhecido neologismo, a “Grexit”.

É um destino que nem sequer o Syriza acalenta, talvez por que as sondagens feitas ao eleitor grego revelam um vincado desejo de ver o seu país permanecer na zona euro.

A “Grexit” constituiria um passo no desconhecido. Os Tratados europeus não contemplam a hipótese de saída dos países participantes na zona euro, embora admitam expressamente o abandono da União Europeia.

O regresso à moeda nacional envolve pesados riscos. O efeito positivo que é esperado assenta na recuperação da competitividade em resultado da desvalorização cambial que inevitavelmente se seguirá à saída do euro, mas tal efeito poderia ser em parte neutralizado por via da inflação decorrente do encarecimento dos produtos importados.

Por outro lado, processar-se-á a uma saída maciça de capitais e o sistema bancário sofrerá enorme abalo. A dívida externa,

expressa em euros, assumirá dimensão insuportável em termos da moeda nacional.

O aparelho produtivo, já de si debilitado pela compressão exercida no contexto do anterior programa de ajustamento, dificilmente proporcionará a resposta indispensável à satisfação da procura externa — procura cuja intensidade, aliás, pode mostrar-se insuficiente, perante uma conjuntura recessiva nos países importadores.

E a quebra de confiança suscitada pela saída da união monetária levará ao retraimento dos investimentos provenientes do exterior, retraimento para que concorrerão os controlos de capitais que o Governo não poderá deixar de instalar. De resto, com a introdução destes controlos suscitam-se condições de incompatibilidade com o mercado interno europeu, tornando problemática a manutenção do país nesta realização basilar da União Europeia.

**12.** A “Grexit” poderia desencadear um efeito de contágio, em relação ao qual Portugal estaria na primeira linha, atenta a dimensão do seu endividamento. Por outro lado, a saída da Grécia seria reveladora de que a união monetária não terá sido capaz de manter no seu âmbito um dos seus membros. E, sendo assim, por que não haveria outras saídas?

E o país que se retira poderá envolver-se num jogo complexo de busca de novas alianças (eventualmente, no caso grego, a leste da UE).

Tudo isto se passa numa altura em que a construção europeia revela preocupantes fissuras, pondo-se em causa não só a influência (já hoje declinante) da Europa no mundo, como a própria consistência do que resta do ideal europeu.

Para além disso, paira sobre a União a ameaça de deflação, como já foi reconhecido pelo Banco Central Europeu, ao anunciar um programa de “quantitative easing”, visando reanimar a inflação até à orla dos 2 %.

No caso da Grécia, além do elemento humanitário que tem sido invocado pelo seu Governo, declarando que os efeitos do programa de auxílio já ultrapassaram os limites de tolerância da popu-

lação, parecem esboçar-se velados desafios quanto a uma eventual mudança do sistema tradicional de alianças.

Por outro lado, tende a aumentar o número dos partidários de um abrandamento da austeridade. Do próprio Fundo Monetário Internacional dimanaram, já há algum tempo, comentários favoráveis a tal abrandamento, embora não se tenha atenuado, no terreno, a dureza dos programas estabelecidos.

**13.** As vulnerabilidades presentes da União Europeia, atrás referidas, tornam ainda mais relevante o apelo à solidariedade no tratamento do caso da Grécia, e no reexame pelas instituições representativas dos Estados credores das condições ínsitas nos programas de ajustamento.

Para além dos programas em si mesmos, plasmados nos Memorandos que, na sua versão actual, desconsideram o problema da articulação da austeridade com o crescimento, há elementos positivos nos avanços no sentido de uma política económica e orçamental europeia (é o caso da introdução do “Semestre Europeu”), e na adopção das recentes interpretações oficiais do Pacto de Estabilidade, tornando possível, em certas circunstâncias, a exclusão do investimento produtivo no apuramento dos défices excessivos. Por outro lado, registam-se também progressos no plano da formação da união bancária.

Quanto a nós, seria recomendável rever o próprio “número mágico” de 3%, que se contém nos critérios de Maastricht, e que se mostra alheio, pela total uniformidade com que se apresenta, aos diferentes circunstancialismos das economias nacionais e à maior ou menor fragilidade das mesmas.

Mas, embora não conste do texto dos Tratados propriamente ditos, aquela expressão de percentagem em relação ao PIB consta de Protocolos que possuem o mesmo valor jurídico dos Tratados, o que torna difícil a sua revisão, por esta supor delicadas negociações entre todos os Estados membros da União Europeia.

Neste ponto, é de assinalar a infeliz introdução do Tratado Orçamental em 2013, visivelmente inspirado no rigor extremo das concepções do Governo alemão, e que vai no sentido oposto à prioridade que deverá ser conferida ao crescimento.

**14.** A situação de Portugal no contexto da actual euro-crise é particularmente delicada. O país vem oscilando entre ser classificado como “mais próximo da Grécia”, ou, no polo oposto, como “mais próximo da Irlanda”, país que terá completado com êxito o programa que lhe estava destinado e regressado ao crescimento, mantendo um nível comportável de endividamento externo.

Não se verificando, ao contrário do que se passa na Espanha e na Grécia, a ascensão de partidos políticos populistas centrados na contestação frontal da austeridade, na situação portuguesa subsiste a oportunidade para que os partidos tradicionais com maior expressão eleitoral cheguem a um entendimento sobre a forma de enfrentar a crise da dívida soberana. Tal entendimento é, sem dúvida, de grande valia para se procurar evitar que as mudanças de Governo decorrentes das eleições legislativas venham a suscitar divergências quanto a aspectos fundamentais na abordagem do problema.

**15.** Mas a expressão da dívida externa portuguesa é demasiado elevada para que possa efectivar-se o seu pagamento nos termos actualmente estabelecidos. Seriam necessários ritmos de crescimento praticamente inatingíveis, ou, alternativamente, o prolongamento da austeridade para além de limites comportáveis, em tempo e em intensidade.

Compreende-se, assim, que este tema tenha sido focado em documento recente, conhecido por “Relatório dos 74”, no qual se recomenda uma renegociação, visando o alargamento dos prazos de maturidade e o encurtamento dos juros.

Junto das instituições que representam a posição dos credores, deveria fazer-se ver que essa renegociação não deixaria de os beneficiar, pois o aligeiramento dos encargos libertaria o país da pressão por estes exercida sobre a economia dos devedores, criando espaço para a retoma do crescimento, e tudo isto tornando mais viável o reembolso da dívida.

Já o perdão de parte da dívida não parece ser solução praticável. Além de implicar a humilhação do país devedor, a ser concedido dificultaria duradouramente a capacidade de acesso ao mercado por parte desse país. Talvez por isso, embora já tenha sido praticado na Grécia em relação à dívida soberana nas mãos de inves-

tidores privados, deixou agora de ser reclamado pelo próprio Syriza, e excluído do elenco das exigências inicialmente formuladas.

No caso português, o relatório dos 74, pronunciando-se a favor da reestruturação da dívida, não parece ir até ao ponto de aconselhar a solução extrema de um “hair cut” do valor nominal da dívida.

**16.** Pairam incertezas, que Portugal obviamente não pode controlar, quanto ao futuro da união monetária, continuando de pé a hipótese de um eventual desaparecimento do euro, com retorno às moedas nacionais. Trata-se de uma situação extrema, mas que não é meramente teórica, como implicitamente o revelou há tempos o Governador do BCE, afirmando que faria tudo o que fosse necessário para **salvar** o euro.

A zona euro atravessa dificuldades específicas, nem todas se devendo às interrogações sobre a situação da Grécia.

O “espírito europeu”, tão enaltecido a propósito da celebração dos Tratados fundamentais da União, tende para um desanimador esmorecimento. E a situação crónica, traduzida numa recessão que se vai tornando mais ou menos endémica, não se mostra propícia à reanimação daquele espírito.

A clivagem entre as posições dos países que assumem a via ortodoxa do rigor financeiro (é o caso da Alemanha, da Finlândia, talvez também da Holanda) e as dos Estados membros do Sul da Europa torna-se evidente (e até parece desenhar-se entre estes últimos uma certa conflitualidade, como o revela a alusão a um confronto entre as posições da Grécia, por um lado, e as de Portugal e Espanha, por outro).

O clima de apagamento da ideia impulsora da construção europeia, intensificado pela ameaça de deflação e pelas reações nacionalistas de alguns eleitorados (na Grécia e em Espanha, mas também em França, no Reino Unido, e outros) está longe de proporcionar o pano de fundo para um desejável entendimento em relação ao tratamento a dar à questão das dívidas soberanas.

Se o ambiente actual na Europa fosse favorável à introdução de medidas fundas e ousadas no plano da integração, poderia mesmo avançar-se com soluções de mutualização da dívida, de

lançamento dos euro-bonds, e outras iniciativas que exprimissem uma autêntica solidariedade entre os Estados membros. É de lamentar que falte aos actuais líderes europeus a visão larga com que os seus antecessores deixaram marca indelével no processo de integração.

**17.** A única realização que desde o Tratado de Lisboa foi operada por via convencional traduziu-se no Tratado Orçamental, propugnado pela Alemanha, para o qual, paradoxalmente (pois o que Portugal necessita é de maior flexibilidade na adopção das políticas internas), os dois maiores partidos portugueses (no Governo ou na oposição) capricharam em que o país assumisse a primeira posição na sucessão temporal de ratificações nacionais. Esta Tratado vem reforçar a nota de austeridade do Pacto de Estabilidade e Crescimento, passando a exigir, como limiar inferior do défice estrutural, 0,5% do PIB, com penalização dos infractores através de novo e mais gravoso esquema de multas.

Para Portugal, que tem estado envolvido no esforço de sair do âmbito do défice excessivo (o que está possivelmente próximo, mas ainda não foi conseguido), é sem dúvida desvantajoso ter de se curvar perante a visão de ultra-rigor assumida pelo Tratado Orçamental.

A posição portuguesa ao longo da crise das dívidas soberanas tem sido caracterizada por uma colagem demasiado vincada às teses das instituições envolvidas nos programas e dos países portadores de uma visão extrema de disciplina financeira. Seria de toda a conveniência que se assumisse uma atitude mais assertiva (e menos passiva) na prossecução dos interesses do país.

É que, afinal, como a euro-crise o vem revelando, a participação na União Europeia e, no âmbito desta, na união monetária (que já conta 19 dos 28 Estados-membros), envolve uma negociação permanente, na qual se jogam os interesses nacionais, muitas vezes entre si contrapostos.

**18.** Em conclusão: a austeridade e o crescimento não deveriam ser conceitos entre si incompatíveis. A conjugação é possível, por abrandamento das políticas em que aquela se traduz, no quadro

de renovada atenção conferida aos factores da expansão económica. Só assim se poderá desenhar uma solução final para a crise das dívidas soberanas.

Torna-se, porém, primordial reavivar o adormecido europeísmo, sem o qual perdurará a oposição entre os Estados do Norte e os do Sul da Europa, e as relações entre eles continuarão a ser marcadas por uma indesejável frieza e, mesmo, conflitualidade, contrárias à visão solidária que inspirou os Tratados fundamentais da construção europeia.

*Lisboa, Março de 2015*



# DESLOCAÇÃO E RETENÇÃO INTERNACIONAL ILÍCITA DE CRIANÇAS(\*)

*Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro(\*\*)*

## *SUMÁRIO:*

**Introdução.** **I.** Enquadramento da Convenção da Haia de 1980. **II.** O Regime da Convenção da HAIA DE 1980. **III.** Regime do Regulamento Bruxelas II Bis. **IV.** Breve referência à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

## **Introdução**

O tema da proteção internacional das crianças, apesar da sua enorme importância, tem despertado pouca atenção entre nós.

Não estranho, por isso, que seja a primeira vez que sou convidado para falar sobre a deslocação e retenção internacional ilícita de crianças, o que faço com muito agrado.

Devo acrescentar que o tema não é, no entanto, novo para mim: nas Lições de Direito Internacional Privado tive ocasião de

---

(\*) Comunicação proferida na Conferência “Direito da Família e Direito dos Menores: que direitos no século XXI?”, que teve lugar na Universidade Lusíada, em outubro de 2014.

(\*\*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

tratar dos problemas de competência internacional, determinação do Direito aplicável e reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria de proteção de crianças, bem como de examinar sinteticamente o regime da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (que doravante designarei por Convenção da Haia de 1980).

É um tema complexo, com muitos aspetos processuais em que não entrarei nesta comunicação. Perante o limite do tempo ao meu dispor, pareceu-me mais útil centrar-me no enquadramento da Convenção da Haia de 1980; nas linhas gerais dos regimes aplicáveis ao regresso da criança contidos nesta Convenção e no Regulamento (CE) n.º 2201/2003, Relativo à Competência, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Matrimonial e em Matéria de Responsabilidade Parental (que doravante designarei por Regulamento Bruxelas II bis); nas orientações que devem ser seguidas relativamente a algumas questões interpretativas centrais; e na sua interação com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (que doravante designarei por Convenção Europeia), que deu origem a uma vasta jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (que doravante designarei por Tribunal Europeu).

É de salientar que o tema extravasa do âmbito do Direito Internacional Privado, uma vez que a Convenção da Haia de 1980, enquanto instrumento de cooperação judiciária internacional, se projeta essencialmente no plano do Direito Processual Civil Internacional.

## **I. Enquadramento da Convenção da Haia de 1980**

Já tivemos o prazer de escutar, neste painel, o Senhor Conselheiro Armando Leandro e a Senhora Dra. Dulce Rocha sobre a Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989.

Nos termos do art. 3.º/1 desta Convenção, *todas as decisões relativas a crianças terão primacialmente em conta o superior interesse da criança.*

Como um dos meios para a promoção dos interesses das crianças, o art. 11.º desta Convenção determina que os Estados Partes tomam as medidas adequadas para combater a deslocação e a retenção ilícitas de crianças no estrangeiro e que, para esse efeito, promovem a conclusão de acordos internacionais ou a adesão a acordos existentes.

O principal instrumento internacional preexistente é justamente a Convenção da Haia de 1980, que, de acordo com o seu Preâmbulo, está em sintonia com a Convenção dos Direitos da Criança, quando afirma que “os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua custódia”.

Pode, no entanto, ser questionado se a primazia do superior interesse da criança, consagrada pela Convenção dos Direitos da Criança, não poderá ter incidência na interpretação da Convenção da Haia de 1980, questão que será adiante retomada.

À luz do seu Preâmbulo e do seu art. 1.º, a *Convenção da Haia de 1980 é um instrumento de cooperação judiciária internacional que tem um duplo objetivo.*

Por um lado, assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente.

Por outro, fazer respeitar de modo efetivo nos outros Estados Contratantes os direitos de custódia e de visita existentes num Estado Contratante<sup>(1)</sup>. O “direito de custódia” reporta-se à respon-

---

(1) Em geral, sobre a Convenção, ver designadamente ELISA PÉREZ-VERA — “Rapport explicatif”, in *Actes et documents de la 14.ème session de la Conférence de La Haye*, t. III — *Enlèvement d’enfants*, 426-473, A Haia, 1982; PAUL BEAUMONT e PETER MCELEAVY — *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999; JAN KROPHOLLER — *Internationales Privatrecht*, Tubinga, 2006, 399 e segs.; ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ — *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2014, 465 e segs.; ELSA DIAS OLIVEIRA — “Convenções internacionais e Direito Comunitário no domínio do Direito dos Menores”, *Revista do CEJ* (2004) 53-75, 58 e segs.; e NUNO ASCENSÃO SILVA — “A Convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças — alguns aspectos”, in *Est. Marques dos Santos*, vol. I, 443-556, Coimbra, 2005, 475 e segs.

No quadro da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado têm sido realizados trabalhos que visam promover a correta interpretação das normas convencionais e o bom funcionamento dos mecanismos por ela estabelecidos, designadamente um Guia de

sabilidade pelos cuidados devidos à criança, incluindo o direito de decidir sobre o lugar da sua residência (art. 5.º/a). Quanto ao “direito de visita”, releva para a Convenção fundamentalmente o direito de visita transfronteiriço, que inclui a faculdade de levar a criança para um país diferente do da sua residência habitual por um período limitado de tempo (art. 5.º/b).

A Convenção aplica-se a qualquer criança com residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de custódia ou de visita. São abrangidas as crianças com idade inferior a 16 anos (art. 4.º).

A expressão “*rapto internacional*” — utilizada para designar a Convenção —, não traduz bem a realidade social subjacente, que é normalmente o desenlace dramático de um casamento ou união transnacional. A criança é vítima deste drama, como o são os seus pais. Nos casos mais paradigmáticos, os pais separam-se e um deles, as mais das vezes a mãe, regressa ao seu país de origem levando consigo a criança sem autorização do pai. As razões da deslocação da mãe para outro país são variáveis: frequentemente razões compreensíveis de natureza económica e afetiva, mas por vezes também o desígnio de privar o pai da convivência com a criança.

Perante este drama, o regime da Convenção exprime a seguinte valoração: a criança deve regressar o mais rapidamente possível ao país onde tinha a residência habitual antes da deslocação ou retenção, uma vez que a autoridade competente deste país é a mais bem colocada para decidir sobre a custódia e a residência, e que a permanência da criança noutro país tende a dificultar a adoção das soluções mais adequadas<sup>(2)</sup>. Com razão se afirma que o procedimento com vista ao regresso da criança é uma “luta contra o tempo”<sup>(3)</sup>.

---

Boas Práticas, Conclusões e Recomendações das reuniões da Comissão Especial sobre a operação prática da Convenção e uma base de dados sobre o rapto internacional de crianças (INCADAT), contendo, designadamente, decisões das jurisdições nacionais sobre a aplicação da Convenção.

(<sup>2</sup>) Ver PAUL BEAUMONT — “The Art. 8 Jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in Relation to Delays in Enforcing the Return of a Child”, *Liber Fausto Pocar*, vol. II, 75, Milão, 2009, 87.

(<sup>3</sup>) Cf. CHRISTOF BÖHMER — “Die 14. Haager Konferenz über internationales Privatrecht 1980”, *RabelsZ.* 46 (1982) 643-663, 648.

Pertence designadamente à autoridade do país em que a criança tinha residência habitual avaliar se a solução mais adequada é atribuir o direito de custódia exclusivamente à mãe e permitir-lhe que leve a criança para o seu país de origem.

*A deslocação ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando se verificarem dois pressupostos (art. 3.º/1.º §).*

Primeiro, a violação de um direito de custódia atribuído pelo Direito do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção.

Segundo, o exercício efetivo desse direito no momento da transferência ou da retenção.

O *direito de custódia* em causa pode designadamente resultar quer de um efeito *ex lege*, quer de uma decisão judicial ou administrativa, quer de um acordo vigente segundo o Direito deste Estado (art. 3.º/2.º §). O preceito deve ser interpretado no sentido de abranger qualquer título de atribuição do direito de custódia vigente na ordem jurídica da residência habitual. Razão por que a referência ao Direito do Estado da residência habitual abrange necessariamente o Direito Internacional Privado deste Estado<sup>(4)</sup>.

---

(4) Cf. PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.ºs 65 e segs., que se refere às relações protegidas “pelo menos pela aparência de um título válido sobre o direito de custódia” no Estado da residência habitual da criança. O direito de um dos pais a visitar a criança, que envolve o direito de decidir conjuntamente sobre o país da residência da criança, é considerado, para este efeito, um direito de custódia — ver *US Supreme Court 17/5/2010, Abbott v. Abbott*, 6 e segs. in <<http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf>>. Ver também PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.ºs 67 e 71.

O art. 14.º esclarece que para determinar a existência de uma deslocação ou retenção ilícitas as autoridades do Estado requerido “poderão tomar conhecimento direto do direito e das decisões judiciais ou administrativas formalmente reconhecidas ou não no Estado da residência habitual da criança sem ter de recorrer a procedimentos específicos para prova dessa legislação ou para reconhecimento de decisões estrangeiras” que seriam de outro modo aplicáveis.

## II. O Regime da Convenção da Haia de 1980

Vejamos os traços gerais do regime da Convenção da Haia de 1980.

A Convenção prevê a instituição de um *sistema de autoridades centrais* encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas aos Estados Contratantes (art. 6.º). As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respetivos Estados, por forma a assegurar o regresso imediato das crianças e realizar os outros objetivos da Convenção (art. 7.º).

Segundo a informação contida no sítio da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado na internet, algo surpreendente, a autoridade central portuguesa é a Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais.

Qualquer pessoa ou entidade que julgue que uma criança tenha sido deslocada ou retida em violação de um direito de custódia pode participar o facto à autoridade central da residência habitual da criança ou à autoridade central de qualquer outro Estado Contratante, para que lhe seja prestada assistência por forma a assegurar o regresso da criança (art. 8.º).

Perante uma deslocação ou retenção ilícita, *a autoridade do Estado Contratante onde a criança se encontra deve ordenar o regresso da criança* (art. 12.º/1.º §). Todavia, *a autoridade pode proferir uma decisão de retenção da criança em quatro tipos de situações*.

Primeiro, se tiver decorrido um período de mais de um 1 ano entre a data da deslocação ou retenção e a data do início do processo perante essa autoridade e for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo ambiente (art. 12.º/2.º §)<sup>(5)</sup>.

Segundo, se a pessoa ou entidade que se opuser ao seu regresso provar (art. 13.º/1.º §)<sup>(6)</sup>:

---

(5) Ver PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.ºs 107 e segs.; BEAUMONT/McELEVAY, *op. cit.*, 203 e segs.; e ASCENSÃO SILVA, *op. cit.*, 537 e segs.

(6) Ver PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.ºs 28 e segs. e 113 e segs.; BEAUMONT/McELEVAY, *op. cit.*, 114 e segs.; e ASCENSÃO SILVA, *op. cit.*, 516 e segs.

- que o direito de custódia não era exercido efetivamente pelo seu titular (a/1.<sup>a</sup> parte);
- que o titular do direito de custódia havia consentido ou concordado posteriormente com a transferência ou retenção (a/2.<sup>a</sup> parte);
- que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável (b).

Terceiro, que a criança se opõe ao regresso quando tenha atingido uma idade e um grau de maturidade que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto (art. 13.º/2.º §)(7).

Quarto, quando o regresso da criança não for consentâneo com os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 20.º). Neste caso, trata-se de um fundamento de oposição ao regresso da criança mais restritivo que a reserva de ordem pública internacional, que só opera quando este regresso não seja de todo permitido pelas regras do Estado requerido em matéria de direitos fundamentais(8).

O principal fundamento de oposição à decisão de regresso é o *risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a danos de ordem física ou psicológica*(9), ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. Este preceito deve ser interpretado à luz da *primazia atribuída ao superior interesse da criança* nas decisões que lhe dizem respeito pelo art. 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança(10).

---

(7) Ver PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.º 30; BEAUMONT/McEALVAY, *op. cit.*, 177 e segs.; e ASCENSÃO SILVA, *op. cit.*, 533 e segs.

(8) Ver PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.ºs 31 e segs. e 118; BEAUMONT/McEALVAY, *op. cit.*, 172 e segs.; e ASCENSÃO SILVA, *op. cit.*, 508 e segs.

(9) A tradução portuguesa, seguindo a versão francesa, refere-se ao “risco grave” de “perigos de ordem física ou psíquica” [“*risque grave*” de “*danger physique ou psychique*”], mas a versão inglesa, igualmente autêntica, parece exprimir melhor o sentido normativo, ao reportar-se ao “risco grave” de “danos físicos ou psicológicos” [“*grave risk*” of “*physical or psychological harm*”].

(10) Ver ANDREAS BUCHER — “La dimension sociale du droit international privé”, *RCADI* 341 (2009) 9-526, 488 e segs., com mais desenvolvimento.

A esta luz, o regresso deve, em princípio, ser ordenado se o titular do direito de custódia violado for apto a acolher a criança e estiver seriamente interessado no exercício da custódia. Isto, mesmo que tal implique uma separação relativamente ao outro progenitor, que causará normalmente alguma perturbação à criança. Mas o regresso já deve ser recusado caso essa separação seja claramente mais prejudicial à criança que a permanência com o progenitor que a deslocou ou reteve ilicitamente<sup>(11)</sup>.

É bom de ver que os tribunais do Estado requerido devem evitar a tentação de privilegiar os seus nacionais que deslocam ou retêm ilicitamente os filhos por meio de uma interpretação lata, e muito menos extensiva, dos fundamentos de oposição ao regresso da criança. Mas, contrariamente ao entendimento adotado pelo relatório explicativo e pelos tribunais de alguns Estados Contratantes<sup>(12)</sup>, *nem todos os fundamentos de oposição ao regresso da criança devem ser interpretados restritivamente*.

Neste ponto, parece que se impõe uma *interpretação conforme à Convenção sobre os Direitos da Criança*, segundo a qual o critério decisivo deve ser sempre o superior interesse da criança em causa<sup>(13)</sup>.

Podemos encontrar alguns critérios para a determinação do superior interesse da criança nestes casos na jurisprudência do Tribunal Europeu relativa ao direito ao respeito da vida familiar consagrado pelo art. 8.º da Convenção Europeia, em parte relativa a decisões de regresso proferidas com base na Convenção da Haia de 1980.

Segundo esta jurisprudência, *a criança tem dois interesses principais*: manter os seus laços com a sua família, a menos que se prove que esses laços são indesejáveis, e ver assegurado o seu desenvolvimento num ambiente sadio<sup>(14)</sup>. Os interesses da criança,

---

<sup>(11)</sup> Ver BUCHER, *op. cit.*, 491. Em sentido diferente, KROPHOLLER, *op. cit.*, 402.

<sup>(12)</sup> Ver PÉREZ-VERA, *op. cit.*, n.º 34. Ver também BEAUMONT/MCÉLEAVY, *op. cit.*, 138; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, n.ºs 132 e 138; e a decisão TEDH 2/11/2010, proc. n.º 7239/08, no caso *Van den Berg and Sarri v. The Netherlands*.

<sup>(13)</sup> Cp. BEAUMONT, *op. cit.*, 86-88, no sentido de ser dada primazia ao superior interesse das crianças coletivamente consideradas e não ao da criança concretamente considerada.

<sup>(14)</sup> Ver, designadamente, TEDH 6/7/2010, no caso *Neulinger and Shuruk v. Suíça*, proc. n.º 41615/07, n.º 136, com referência a precedentes.

numa perspetiva de desenvolvimento pessoal, dependem de uma multiplicidade de circunstâncias individuais, em especial a sua idade e grau de maturidade, a presença ou ausência dos seus pais, o ambiente em que vive e as suas experiências pessoais.

O procedimento sumário estabelecido para o regresso da criança é reforçado por certos *limites colocados quer à competência internacional* das autoridades do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida (Estado requerido) para decidirem sobre o direito de custódia *quer aos efeitos de decisões* desta natureza já proferidas no Estado requerido ou num terceiro Estado.

Assim, depois de terem sido informadas da transferência ou da retenção ilícita de uma criança, as autoridades do Estado requerido não podem tomar decisões sobre o fundo do direito de custódia sem que seja provado não estarem reunidas as condições para o regresso da criança ou sem que tenha decorrido um período razoável de tempo sem que haja sido apresentado qualquer requerimento com vista ao regresso da criança (art. 16.º)<sup>(15)</sup>.

E o facto de ter sido tomada, no Estado requerido, uma decisão relativa à custódia, ou de uma decisão proferida noutro Estado na mesma matéria ser passível de reconhecimento no Estado requerido, não pode justificar a recusa de fazer regressar a criança nos termos da Convenção. Não obstante, os motivos desta decisão sobre o direito de custódia podem ser tidos em consideração na tomada de decisão sobre o regresso da criança (art. 17.º).

São partes na Convenção da Haia de 1980 numerosos Estados, entre os quais se incluem Estados da União Europeia e Estados terceiros para onde se dirigiu a emigração portuguesa. No entanto, no que toca aos Estados da União Europeia, deve ter-se presente que *o Regulamento Bruxelas II bis prevalece sobre a Con-*

---

<sup>(15)</sup> Sobre os tribunais internacionalmente competentes em matéria de responsabilidade parental no caso de deslocação ou retenção internacional ilícita, ver LUIS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 3.ª ed., Coimbra, 2009, § 55 B, e *Direito Internacional Privado*, vol. III — *Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, 2.ª ed., Coimbra, 2012, § 85 C, com mais referências.

*venção nas relações entre os Estados-Membros vinculados pelo Regulamento (art. 60.º/e).*

Passemos então a examinar as alterações introduzidas pelo Regulamento Bruxelas II bis nas relações com outros Estados da União.

### III. Regime do Regulamento Bruxelas II Bis

*O Regulamento Bruxelas II bis não exclui a aplicação da Convenção da Haia de 1980 nas relações entre os Estados da União (art. 62.º/2), mas introduz alguns ajustamentos ao regime estabelecido por esta Convenção, principalmente destinados a facilitar e tornar mais expedito o regresso da criança e o exercício do direito de visita.*

*Assim, o art. 11.º do Regulamento contém regras sobre os pedidos de regresso da criança baseados na Convenção da Haia de 1980<sup>(16)</sup>.*

Duas destas regras colocam restrições aos fundamentos de oposição ao regresso da criança.

Por um lado, o tribunal não pode recusar o regresso da criança ao abrigo da alínea *b*) do § 1.º do art. 13.º da Convenção (risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a danos de ordem física ou psicológica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável), se se provar que foram tomadas medidas adequadas para garantir a sua proteção após o regresso (n.º 4). Parece defensável que a Convenção da Haia seja interpretada no mesmo

---

(16) Ver MÁRIO TENREIRO — “L’espace judiciaire européen en matière de droit de la famille, le nouveau règlement ‘Bruxelles II’”, in *Les enlèvements d’enfants à travers les frontières*, 19-31, Bruxelas, 2004, 26 e segs.; BERTRAND ANCEL e HORATIA MUIR WATT — “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *R. crit.* 94 (2005) 569-605, 598-599; e ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ e ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ — *Derecho de Familia Internacional*, 3.ª ed., Madrid, 2005, 227-229. Na jurisprudência portuguesa, ver, designadamente, STJ 5/11/2009, no Proc. n.º 1735/06.OTMPRT.S1, in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>.

sentido<sup>(17)</sup>, mas a consagração expressa deste entendimento tem a virtude de evitar dúvidas a este respeito.

Por outro, o tribunal também não pode recusar o regresso da criança se a pessoa que o requereu não tiver tido oportunidade de ser ouvida (n.º 5).

O mais importante, porém, é que *o Regulamento dá a última palavra aos tribunais do Estado-Membro da residência habitual da criança antes da deslocação ou retenção ilícita*<sup>(18)</sup>.

Na verdade, perante uma decisão de retenção, proferida ao abrigo do art. 13.º da Convenção, o tribunal desse Estado-Membro pode ordenar o regresso da criança (art. 11.º/ 8)<sup>(19)</sup>. Esta decisão tem força executória noutros Estados-Membros, incluindo o Estado-Membro onde se encontra a criança deslocada ou retida, sem necessidade de uma declaração de executoriedade e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento. É o que resulta do disposto nos arts. 40.º e 42.º do Regulamento.

Para facilitar o exercício desta prerrogativa, o art. 11.º do Regulamento determina que se o tribunal do Estado requerido tiver proferido uma decisão de retenção, ao abrigo do art. 13.º da Convenção, deve imediatamente enviar, diretamente ou através da sua autoridade central, uma cópia dessa decisão e dos documentos conexos, em especial as atas das audiências, ao tribunal competente ou à autoridade central do Estado-Membro da residência habitual da criança imediatamente antes da sua retenção ou deslocação ilícitas (n.º 6)<sup>(20)</sup>.

---

(17) Ver BEAUMONT/McELEVAY, *op. cit.*, 156 e segs.; ASCENSÃO SILVA, *op. cit.*, 530 e segs.; e CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 475-476.

(18) Cf. Considerando n.º 17; TCE 11/7/2008, no caso *Rinau*, in <<http://curia.europa.eu>>, n.ºs 73-74; TENREIRO, *op. cit.*, 26 e 28-29. Cp. a crítica de ANCEL/MUIR WATT, *op. cit.*, 602-603.

(19) Sobre a interpretação deste preceito, bem como sobre os aspetos processuais envolvidos, ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, vol. III — *Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, 2.ª ed., Coimbra, 2012, 249-250 e 457 e segs., com mais referências jurisprudenciais e doutrinárias, a que se deve somar TUE 9/10/2014, proc. n.º C-376/14, no caso *C. v. M.*

(20) O preceito acrescenta que o tribunal deve receber todos os documentos referidos no prazo de um mês a contar da data da decisão de retenção.

Para que as decisões sobre regresso da criança gozem de força executiva automática é necessário que o tribunal do Estado de origem as homologue através da emissão de uma *certidão* (arts. 41.º/2 e 42.º/2)<sup>(21)</sup>.

O tribunal de origem só deve emitir esta certidão caso se verifiquem determinados pressupostos.

Primeiro, *que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida*, exceto se for considerada inadequada uma audição, em função da sua idade ou grau de maturidade (arts. 41.º/2/c e 42.º/2/a).

Segundo, *que as partes tenham tido a oportunidade de ser ouvidas* (art. 41.º/2/b, sublinhando que se trata de “todas as partes”, e art. 42.º/2/b).

Por último, *que o tribunal, ao pronunciar-se, tenha tido em conta a justificação e as provas em que assentava a decisão de retenção da criança* pronunciada ao abrigo do art. 13.º da Convenção da Haia de 1980 (art. 42.º/2/c)<sup>(22)</sup>.

#### **IV. Breve referência à Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

Apesar de o tempo que me resta ser escasso, não quero terminar sem fazer uma breve referência à jurisprudência do Tribunal Europeu nesta matéria.

O Tribunal Europeu decidiu numerosos casos relativos à aplicação da Convenção da Haia de 1980 à luz do art. 8.º da Convenção Europeia (direito ao respeito pela vida familiar) e pelo menos dois casos relativos ao regime do Regulamento Bruxelas II bis relativo ao regresso da criança.

Uma parte destas decisões diz respeito à *necessidade de os tribunais do Estado requerido tomarem as medidas necessárias*

---

<sup>(21)</sup> Utilizando o formulário constante do anexo IV (no caso do regresso da criança).

<sup>(22)</sup> O titular da responsabilidade parental pode requerer o reconhecimento e a declaração de executoriedade de decisões que não beneficiem de certificação (art. 40.º/2).

*ao regresso da criança em tempo útil*<sup>(23)</sup>. O Tribunal Europeu assinalou que a delonga na tomada de decisão de regresso e na sua execução pode ter consequências irremediáveis para as relações entre a criança e o progenitor que foi privado da convivência com ela<sup>(24)</sup>.

Em diversos casos, o tribunal verificou que as autoridades do Estado requerido, incluindo Portugal<sup>(25)</sup>, não tomaram todas as medidas necessárias para a execução coerciva da decisão de regresso, designadamente a localização da criança e tomada de medidas em relação ao progenitor que a esconde. Isto permite que através de manobras dilatórias o progenitor que deslocou ou reteve a criança altere a situação de facto por forma a justificar uma nova decisão que recuse o regresso da criança.

A este respeito é de assinalar que o art. 11.º da Convenção da Haia de 1980, quando determina que as autoridades dos Estados Contratantes devem adotar procedimentos de urgência com vista ao regresso da criança, deve ser interpretado no sentido de que se aplica não só à tomada da decisão de regresso mas também à sua execução forçada<sup>(26)</sup>.

Outra parte destas decisões, diferentemente, apreciou a *compatibilidade da decisão de regresso proferida com base na Convenção da Haia de 1980 com o art. 8.º da Convenção Europeia*.

Em linhas muito gerais, pode dizer-se que o Tribunal se considerou competente para examinar se os tribunais internos, ao decretarem o regresso da criança, respeitaram o disposto no art. 8.º da Convenção Europeia. Em seu entender, o art. 8.º exige uma ponderação justa dos interesses em jogo — os da criança, os

---

(23) Ver PAUL BEAUMONT — “The Art. 8 Jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in Relation to Delays in Enforcing the Return of a Child”, in *Liber Fausto Pocar*, vol. II, 75-94, Milão, 2009, 78 e segs.

(24) 25/1/2000, proc. n.º 31679/96, no caso *Ignaccolo-Zenide v. Roménia*, n.º 102; 26/6/2003, proc. n.º 48206/99, no caso *Maire v. Portugal*, n.º 74.

(25) Ver, designadamente, 6/6/2003, proc. n.º 48206/99, no caso *Maire v. Portugal*, n.º 76; 1/2/2011, proc. n.º 23205/08, no caso *Karoussiotis v. Portugal*, n.ºs 89-91; 1/2/2011, proc. n.º 775/08, no caso *Dore v. Portugal*, n.ºs 48 e segs.

(26) Neste sentido, BEAUMONT, *op. cit.*, 92.

dos pais e o da ordem pública —, com primazia para o interesse da criança<sup>(27)</sup>.

Isto levou o Tribunal a ter em conta, designadamente, dois aspetos:

- a integração da criança no Estado para onde foi deslocada ou ficou retida devido a uma longa permanência neste Estado;
- se o tribunal ao decretar o regresso fez um exame cuidadoso da situação da família e todos os fatores relevantes, tais como os relatórios médicos sobre as consequências psicológicas do regresso.

Esta jurisprudência vai ao encontro do entendimento, anteriormente defendido, de que a decisão sobre o regresso da criança deve sempre ser tomada à luz do superior interesse da criança em causa.

Por último, quanto às *duas decisões do Tribunal Europeu sobre o regime de regresso da criança estabelecido pelo Regulamento Bruxelas II bis* que chegaram ao meu conhecimento, devo sublinhar o seguinte.

No que toca ao proferimento pelo tribunal do Estado da residência habitual da criança antes da deslocação ou retenção de uma

---

(27) A este respeito é referido, como *leading case*, TEDH 6/7/2010, no caso *Neulinger and Shuruk v. Suíça*, proc. n.º 41615/07, n.º 133-135. O tribunal entendeu que a decisão de retorno viola o art. 8.º da Convenção Europeia quando a criança reside há 5 anos no país para onde foi deslocada, está aí integrada e o seu retorno poderia ter sérias consequências negativas, indicadas em relatórios médicos (n.ºs 147 e 151). TEDH 13/12/2011, no caso *X. v. Lituânia*, proc. n.º 27853/09, considerou que ocorre uma violação do art. 8.º da Convenção Europeia quando o tribunal que ordena o regresso da criança não realizou um exame aprofundado da situação global da família e de um conjunto de fatores, designadamente de um relatório psicológico sobre as consequências traumáticas para a criança do seu regresso (n.ºs 78-79). Ver também TEDH 2/11/2010, proc. n.º 7239/08, no caso *Van den Berg and Sarri v. Holanda*; 18/1/2011, proc. n.º 26755/10, no caso *Lipkowski and McCormack v. Alemanha*; TEDH 10/7/2012, proc. n.º 4320/11, no caso *B. v. Bélgica*, em que o tribunal considerou que a residência da criança há 4 anos no país para onde foi deslocada era elemento crucial a ter em consideração (n.ºs 61, 75 e 76-77). Cp. TEDH 15/5/2012, proc. n.º 13420/12, no caso *M.R. e L.R. v. Estónia* (n.º 49). Ver ainda PATRICK KINSCH — “Private International Law Topics before the European Court of Human Rights. Selected Judgments and Decisions (2010-2011)”, *Yb. PIL* 13 (2011) 37-49, 46 e segs.

decisão de regresso ao abrigo do art. 11.º/8 do Regulamento, o TEDH exige, pelo menos, que esse tribunal tenha em conta os riscos identificados pelo tribunal que tomou a decisão de retenção<sup>(28)</sup>. Refira-se que esta exigência também decorre do art. 42.º/2/c do Regulamento.

Quanto à atribuição de força executiva automática, noutros Estados-Membros, às decisões sobre regresso da criança proferidas pelo tribunal do Estado-Membro da residência habitual antes da deslocação ou retenção, o Tribunal Europeu afirmou inequivocamente a sua compatibilidade com o art. 8.º da Convenção Europeia, com base na presunção de proteção equivalente dos direitos fundamentais assegurada pela União Europeia<sup>(29)</sup>.

Muito mais haveria a dizer, mas o tempo não o permite. Espero que esta Conferência constitua um primeiro passo no sentido de uma maior atenção e de um debate mais alargado sobre a proteção internacional de crianças na nossa comunidade jurídica.

---

<sup>(28)</sup> TEDH 11/7/2011, proc. n.º 14737/09, no caso *Sneerson e Campanella v. Itália*. O tribunal considerou que a decisão de regresso da criança ao abrigo do art. 11.º/8 do Regulamento violou o art. 8.º da Convenção, ao representar uma interferência com o direito ao respeito da vida familiar que não é necessária numa sociedade democrática, por entender que, mesmo que se aceitasse que o tribunal ordenando o regresso deve apenas avaliar se foram tomadas medidas adequadas para garantir a proteção da criança após o seu regresso nos termos do art. 11.º/4 do Regulamento perante os riscos referidos no art. 13.º/b da Convenção da Haia de 1980, o tribunal não teve em conta os riscos identificados pelo tribunal que proferiu a decisão de retenção (n.ºs 85, 93-98). Ver, sobre esta decisão, KINSCH, *op. cit.*, 48-49.

<sup>(29)</sup> TEDH 18/6/2013, proc. n.º 3890/11, no caso *Povse v. Áustria*, n.ºs 77 e 80.



# OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS ENTRE ESTADOS E INVESTIDORES NA PERSPETIVA EUROPEIA: DESENVOLVIMENTOS RECENTES(\*)

*Pelo Prof. Doutor Dário Moura Vicente(\*\*)*

## *SUMÁRIO:*

**I — Posição do problema.** 1. Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores e a sua importância na efetividade da proteção internacional dos investidores. 2. O papel dos acordos internacionais de investimento. 3. As competências da União Europeia em matéria de comércio externo após o Tratado de Lisboa. 4. O Regulamento “*grandfathering*”. 5. A União Europeia como parte de mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores e os problemas que suscita. **II — Questões suscitadas pelo atual quadro regulatório dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores.** 6. A necessidade de maior transparência, independência e previsibilidade dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores. 7. A Resolução das Nações Unidas sobre transparência da arbitragem entre investidores e Estados. 8. O impacto dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores sobre o exercício dos poderes regulatórios dos Estados. 9. Um tribunal internacional de investimentos? 10. Calvo renascido? Os tribunais nacionais como alternativa. 11. O acesso da União Europeia aos *fora* arbitrais existentes. 12. As competências do Tribunal de Justiça da União Europeia. **III — A resposta europeia.** 13. O

---

(\*) Trabalho destinado ao *Liber Amicorum Fausto de Quadros*.

(\*\*) Advogado; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

endosso pela Comissão Europeia dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores. 14. A posição do Parlamento Europeu. 15. O Regulamento sobre a responsabilidade financeira associada aos mecanismos de ISDS. **IV — Conclusões.** 16. Argumentos favoráveis aos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores. 17. A necessidade de reforma dos atuais mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores. 18. O caminho do futuro: o CETA e o TTIP.

## I. Posição do problema

### 1. Os mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores e a sua importância na efetividade da proteção internacional dos investidores

A proteção diplomática pelo Estado nacional do investidor foi, durante muito tempo, o principal mecanismo consagrado pelo Direito Internacional a fim de assegurar a reparação dos danos causados ao investidor estrangeiro pelo respetivo Estado de acolhimento em virtude de atos ou omissões imputáveis a este<sup>(1)</sup>.

A proteção diplomática padece, no entanto, de conhecidas limitações. Por um lado, encontra-se por via de regra sujeita ao esgotamento pelo investidor dos meios de reparação disponíveis no Estado de acolhimento, os quais podem revelar-se morosos e parciais. Por outro, à luz do Direito Internacional o seu exercício

---

<sup>(1)</sup> Ver, sobre a noção, âmbito e condições de exercício da proteção diplomática, os *Draft articles on Diplomatic Protection*, adotados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 2006 (disponível em <<http://legal.un.org>>). Sobre a proteção diplomática dos investidores, vejam-se: FAUSTO DE QUADROS, *A protecção da propriedade privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998, pp. 387 ss.; CHRISTOPH SCHREUER, «Investment Protection and International Relations», in A. Reinisch/U. Kriebaum (orgs.), *The Law of International Relations. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, Haia, 2007, pp. 345 *et seq.*; BEN JURATOWITCH, «The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties», *ICSID Review*, 2008, pp. 10 ss.; e GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, «Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration: Resurgence of Diplomatic Protection?», in Laurence Chazournes/Marcelo Kohen/Jorge Viñuales (orgs.), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leida, 2012, pp. 305 ss.

é discricionário, cabendo exclusivamente ao Estado nacional daquele que a reclama a decisão sobre as condições em que a porá em prática<sup>(2)</sup>.

Neste contexto, os mecanismos de resolução extrajudicial de litígios entre Estados e investidores (*Investor-State Dispute Settlement* ou ISDS), que conheceram nos últimos anos um extraordinário desenvolvimento, operaram um importante reforço da proteção internacional dos investidores, na medida em que lhes permitem demandar os respetivos Estados de acolhimento perante uma jurisdição neutra e independente, *maxime* um tribunal arbitral, com fundamento no incumprimento por aqueles das respetivas obrigações, sem terem de se sujeitar às instâncias judiciais desses Estados nem ao exercício discricionário da proteção diplomática pelos respetivos Estados nacionais.

Os mecanismos de ISDS *despolitizaram*, por conseguinte, os litígios em matéria de investimento e colocaram à disposição do investidor lesado por qualquer ato ou omissão do Estado de acolhimento um mecanismo eficaz de proteção tutelado pelo Direito Internacional.

Por outro lado, os mecanismos de ISDS permitem aos investidores prevalecerem-se, em caso de litígio, das regras constantes dos acordos internacionais de proteção de investimentos, as quais não são, em vários países, diretamente aplicáveis pelos tribunais nacionais, apenas sendo invocáveis em juízo depois de transpostas para o Direito interno desses países.

---

(2) Veja-se, neste sentido, o acórdão proferido em 5 de fevereiro de 1970 pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction (Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain))*, in *International Court of Justice Reports, Advisory Opinions and Orders*, 1970, pp. 3 ss.). Aí afirmou aquele Tribunal: «*The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case*» (n.º 79).

## 2. O papel dos acordos internacionais de investimento

Nos últimos 15 anos, proliferaram os casos em que foram acionados mecanismos de ISDS, em larga medida graças às regras contidas em acordos internacionais de investimento que permitem aos investidores recorrer à arbitragem contra os respetivos Estados de acolhimento na hipótese de incumprimento por estes das regras deles constantes<sup>(3)</sup>.

Há atualmente cerca de 3000 acordos desse tipo — bilaterais, uns (ditos *bilateral investment treaties* ou BITs)<sup>(4)</sup>, multilaterais, outros (como o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio, ou NAFTA, celebrado em San Antonio, Texas, a 17 de dezembro de 1992<sup>(5)</sup>, e o Tratado da Carta da Energia, concluído em Lisboa a 17 de outubro de 1994)<sup>(6)</sup>. Portugal é parte de cerca de 50 BITs, bem como do TCE<sup>(7)</sup>.

Tipicamente, os BITs compreendem duas partes. Na primeira, contém-se um certo número de regras substantivas de proteção dos investimentos estrangeiros, entre as quais avultam: *a)* A proibição de expropriações e nacionalizações sem indemnização adequada; *b)* O direito a um tratamento justo e equitativo; *c)* A proibição de medidas arbitrárias ou discriminatórias; *d)* A livre transferência de fundos relacionados com os investimentos; e *e)* A cláusula da nação mais favorecida<sup>(8)</sup>. Na segunda, os Estados Contratantes dão o seu consentimento à resolução pela via arbitral de quaisquer

---

(3) Sobre a articulação da arbitragem com os acordos internacionais de investimento, veja-se o nosso estudo «Arbitragem de Investimento: a Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2011, pp. 751 ss.

(4) Cf. a listagem disponível em <<https://icsid.worldbank.org>>.

(5) Disponível em <<http://www.naftanow.org>>. A proteção do investimento estrangeiro, bem como a resolução de litígios, encontram-se reguladas no capítulo 11 do Tratado.

(6) Disponível em <<http://www.encharter.org>>. A promoção e a proteção do investimento estrangeiro são tratadas na Parte III do Tratado e a resolução de litígios na Parte V.

(7) Aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 36/96, publicada no *Diário da República*, série I-A, n.º 265, de 15 de novembro de 1996.

(8) Ver, para uma síntese das tendências contemporâneas na proteção substantiva dos investimentos estrangeiros instituída pelos BITs dos Estados Membros da OCDE, MARIE-FRANCE HOUDE, «Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties», in *International Investment Perspectives*, Paris, 2006, pp. 143 ss.

litígios futuros relativos a investimentos realizados no seu território por nacionais do outro Estado Contratante, contanto que se tenham revelado infrutíferas as negociações empreendidas nesse sentido durante certo lapso de tempo («*cooling off period*»). Geralmente, não se exige para tal o prévio esgotamento dos meios judiciais locais. A fim de acionar o mecanismo arbitral, basta ao investidor estrangeiro manifestar, a qualquer momento, o seu consentimento relativamente ao mesmo e a intenção de recorrer à arbitragem. O consenso assim formado substitui a convenção de arbitragem, indispensável na arbitragem comercial internacional<sup>(9)</sup>. Se, porém, o investidor optar por demandar o Estado de acolhimento perante os tribunais deste, fica-lhe por via de regra vedado o recurso à via arbitral (tal a denominada «*fork in the road clause*»)<sup>(10)</sup>.

Segundo dados da Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), entre 1987 e 2013 o número total de arbitragens baseadas em tratados internacionais de investimento ascendeu a 568<sup>(11)</sup>. Dado, porém, que não há um registo internacional dessas arbitragens, é plausível que o número total seja superior.

Os pedidos indemnizatórios submetidos pelos investidores nessas arbitragens, bem como as condenações nelas decretadas, atingiram valores elevadíssimos. A título de exemplo, mencionem-se as sentenças proferidas em 2012, no caso *Occidental Petroleum et al. v. Ecuador*, relativo à expropriação dos investimentos das demandantes na República do Equador, em que foi proferida uma condenação do Estado demandado no valor de cerca de 1,7 mil

---

(9) Cf. JULIAN LEW/LOUKAS MISTELIS/STEFAN KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Haia/Londres/Nova Iorque, 2003, p. 764.

(10) Cf., neste sentido, a sentença arbitral proferida em *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/07/21), disponível em <<https://icsid.worldbank.org>>.

(11) Cf. UNCTAD, *World Investment Report 2014*, Nova Iorque/Genebra, 2014, p. 124.

(12) Cf. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11), disponível em <<https://icsid.worldbank.org>>.

milhões de dólares<sup>(12)</sup>; em 2013, no caso *Al-Kharafi v. Libya*<sup>(13)</sup>, em que a Líbia foi condenada a pagar a um investidor sediado no Egito uma indemnização de 935 milhões de dólares pelo incumprimento de um contrato relativo a um empreendimento turístico em Trípoli; e em 2014, nos litígios que opuseram os acionistas majoritários da companhia petrolífera Yukos à Federação Russa, relativos à expropriação por esta dos investimentos dos demandantes na primeira, nos quais foram proferidas três condenações do Estado demandado no valor agregado de cerca de 40 mil milhões de dólares<sup>(14)</sup>. Os mecanismos de ISDS associados a acordos internacionais de investimento tornaram-se assim nos meios por excelência de resolução de alguns dos maiores litígios patrimoniais da História contemporânea.

### 3. As competências da União Europeia em matéria de comércio externo após o Tratado de Lisboa

Segundo a UNCTAD, são os investidores europeus os maiores utilizadores dos mecanismos em apreço, tendo sido responsáveis por 53% dos processos de ISDS iniciados entre 1987 e 2013; em 2013, 42% dos novos processos conhecidos foram instaurados contra Estados Membros da União Europeia<sup>(15)</sup>. Daqui também a importância de que os mesmos se revestem para esta.

Ora, a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, ocorrida em 2009, implicou uma modificação de tomo no regime internacional destes meios de resolução de litígios<sup>(16)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Cf. *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya and others*, disponível em <<http://www.italaw.com>>.

<sup>(14)</sup> Cf. *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 226); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 227); e *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* (PCA Case No. AA 228), disponíveis em <<http://www.pca-cpa.org>>.

<sup>(15)</sup> *Est. cit.*, p. 125.

<sup>(16)</sup> Cf., sobre o tema, o nosso estudo «El arbitraje de inversiones y las nuevas competencias de la Unión Europea conforme al artículo 207 del TFUE», *Arbitraje: Revista*

Com efeito, o art. 207.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), na redação dada pelo Tratado de Lisboa, incluiu a negociação e a celebração de acordos internacionais de investimento entre as competências exclusivas da União Europeia<sup>(17)</sup>.

Embora esta «*multilateralização*» (como já se lhe chamou)<sup>(18)</sup> da proteção do investimento estrangeiro inevitavelmente implique uma certa perda de autonomia dos Estados Membros, ela também lhes permite, assim como aos investidores deles oriundos, beneficiarem do maior poder negocial da União perante terceiros Estados e de uma rede de acordos potencialmente mais abrangente.

Foi no exercício dessas novas competências que, em 2014, a União Europeia concluiu as negociações relativas ao acordo comercial entre a Europa e o Canadá (o *Comprehensive Economic and Trade Agreement* ou CETA) e ao acordo de comércio livre com Singapura (o *EU-Singapore Free Trade Agreement*); e iniciou as negociações para a celebração de um acordo com os Estados Unidos da América (o *Transatlantic Trade and Investment Partnership* ou TTIP), sobre cujo teor a Comissão Europeia levou entretanto a cabo uma consulta pública<sup>(19)</sup>.

Não é líquido, por ora, se a competência da União para celebrar estes acordos é exclusiva ou se, ao invés, deve ser partilhada

---

*de arbitraje comercial y de inversiones*, 2012, n.º 3, pp. 9 ss., e a demais bibliografia aí citada.

(17) Dispõe esse preceito: «*A política comercial comum assenta em princípios uniformes, designadamente no que diz respeito às modificações pautais, à celebração de acordos pautais e comerciais sobre comércio de mercadorias e serviços, e aos aspectos comerciais da propriedade intelectual, ao investimento estrangeiro directo, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação, bem como às medidas de defesa comercial, tais como as medidas a tomar em caso de dumping e de subsídios. A política comercial comum é conduzida de acordo com os princípios e objectivos da acção externa da União.*»

(18) Ver CHRISTOPH G. BENEDICT, «The Multilateralization of Investment Protection under the Lisbon Treaty: Fears and Hopes of Investors», *ICSID Review*, 2009, pp. 446 ss.

(19) Vide a análise pela Comissão Europeia dos resultados dessa consulta em *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, documento SWD(2015) 3 final, Bruxelas, 13 de janeiro de 2015, disponível em <<http://trade.ec.europa.eu>>.

com os Estados Membros, aos quais caberia neste caso também ratificá-los. Isto porque o referido art. 207.º do TFUE apenas abrange o *investimento direto estrangeiro*, ao passo que os acordos comerciais em questão compreendem também, por via de regra, o *investimento indireto*, no qual se inclui o investimento em valores mobiliários (*portfolio investment*), em que o investidor não exerce geralmente qualquer influência sobre a gestão das empresas que servem de veículo ao investimento. A favor de uma resposta positiva a esta questão poderá aduzir-se o disposto nos arts. 3.º, n.º 2, e 63.º, n.º 1, do TFUE<sup>(20)</sup>, na medida em que aquele segundo tipo de investimento contende com a livre circulação de capitais aí tutelada. Mas o ponto é controverso e caberá em última análise ao Tribunal de Justiça da União Europeia esclarecê-lo.

#### 4. O Regulamento «*grandfathering*»

As novas competências europeias quanto aos acordos internacionais de investimento não puseram automaticamente termo aos tratados bilaterais de investimento entre os Estados Membros da União Europeia e terceiros Estados.

O estatuto desses tratados foi definido pelo Regulamento (EU) n.º 1219/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012<sup>(21)</sup>, também conhecido como «*grandfathering regulation*»<sup>(22)</sup>, o qual estabelece certas disposições tran-

---

<sup>(20)</sup> Os quais dispõem, respetivamente, que «*A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num acto legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja susceptível de afectar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas*»; e que «*são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros*».

<sup>(21)</sup> Publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, série L, n.º 351, de 20 de dezembro de 2012, pp. 40 ss.

<sup>(22)</sup> De *grandfather clause*, designação dada no Direito norte-americano a uma disposição legal que mantém em vigor uma regra antiga pelo que respeita a determinadas situações jurídicas, mandando aplicar a regra nova a todas as situações futuras. No caso vertente, trata-se dos BITs celebrados antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, que

sitórias para os acordos bilaterais de investimento entre os Estados Membros da União e terceiros países<sup>(23)</sup>.

Esse regulamento permite que os BITs concluídos pelos Estados Membros antes de 2009 se mantenham em vigor até que seja concluído um novo acordo entre a União e o terceiro Estado em questão; consente ainda que os Estados Membros negociem e concluam novos BITs, se a tal forem autorizados pela União; e estabelece que a Comissão terá o direito de participar em quaisquer processos de ISDS instaurados ao abrigo desses BITs.

A eficácia dos BITs existentes à data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa foi assim confirmada pelo referido regulamento. Esses acordos constituem, nesta medida, um legado importante que a União Europeia recebeu dos seus Estados Membros nesta matéria.

## **5. A União Europeia como parte de mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores e os problemas que suscita**

Não obstante a preservação, nos termos referidos, dos BITs já celebrados à data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o caminho do futuro em matéria de comércio internacional passará seguramente pela celebração de um número crescente de acordos entre a União e terceiros Estados, que irão gradualmente substituir os primeiros.

---

continuam a aplicar-se por força do referido regulamento enquanto não forem substituídos por novos acordos.

<sup>(23)</sup> Ver, sobre este Regulamento, NIKOS LAVRANOS, «In Defence of Member States' BITs Gold Standard: The Regulation 1219/2012 Establishing a Transitional Regime for Existing Extra-EU BITs — A Member State's Perspective», *Transnational Dispute Management*, volume 10 (2013), n.º 2; MARIA JOÃO PALMA, «A nova política europeia de investimento decorrente do Tratado de Lisboa — o Regulamento *grandfathering* e a articulação entre a competência da União Europeia e as competências remanescentes dos Estados-Membros», em curso de publicação na *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, vol. 8 (2015).

Relativamente à proteção dos investidores nesses futuros acordos suscitam-se diversos problemas, que podemos sintetizar do seguinte modo:

- a) Devem manter-se os atuais mecanismos de ISDS, nomeadamente a arbitragem, como meios preferenciais de resolução dos litígios entre Estados (ou, futuramente, a União) e investidores estrangeiros?
- b) Se sim, quais os *fora* arbitrais para o efeito abertos à União Europeia?
- c) São os atuais mecanismos de ISDS compatíveis com as competências do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de interpretação do Direito Europeu?
- d) Como deverá ser repartida entre a União e os respetivos Estados Membros a responsabilidade financeira emergente do funcionamento dos mecanismos de ISDS?

Estes os pontos que nos propomos analisar em seguida.

## **II. Questões suscitadas pelo atual quadro regulatório dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores**

### **6. A necessidade de maior transparência, independência e previsibilidade dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores**

A resposta à primeira das questões acima colocadas requer uma reflexão sobre os problemas postos pelo atual quadro regulatório dos mecanismos de ISDS. Não são poucas, com efeito, as críticas que têm sido dirigidas a estes<sup>(24)</sup>. Entre elas destacaremos as seguintes:

---

(24) Ver, designadamente, GUS VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007; *idem*, *Why Arbitrators not Judges? Comment on the European*

- a) *Falta de transparência*: a arbitragem internacional tem habitualmente caráter confidencial. O Centro Internacional Para a Resolução de Disputas Sobre Investimentos (*International Center for the Settlement of Investment Disputes* ou ICSID), com sede em Washington, D.C., e o Tribunal Permanente de Arbitragem (*Permanent Court of Arbitration* ou PCA), com sede na Haia, frequentemente escolhidos para administrarem arbitragens de investimento, divulgar, é certo, nos seus sítios eletrônicos listas de casos, assim como a maior parte das decisões processuais e das sentenças proferidas por tribunais arbitrais constituídos sob a sua égide; mas os processos arbitrais que neles correm termos não são, por via de regra, abertos ao público<sup>(25)</sup>. Nas arbitragens *ad hoc*, não há (ou não havia até recentemente) lugar à publicação das sentenças. O que a muitos se afigura inadequado na arbitragem de investimentos, atentos os interesses públicos em jogo.
- b) *Falta de independência*: os árbitros podem incorrer em conflitos de interesses, sobretudo quando exerçam simultaneamente funções como advogados em outras arbitragens de investimento; e a nomeação reiterada das mesmas personalidades a fim de integrarem tribunais incumbidos de julgar processos desta natureza compromete potencialmente a sua independência relativamente às partes em litígio<sup>(26)</sup>.
- c) *Falta de previsibilidade das decisões arbitrais*: uma vez que não é geralmente admitida a interposição de recurso das sentenças arbitrais proferidas nas arbitragens de investimento, podem surgir interpretações divergentes das mes-

---

*Commission's approach to investor-state arbitration in TTIP and CETA*, 2014, disponível em <<http://ssrn.com>>.

<sup>(25)</sup> Sobre estas instituições, veja-se RUTH MACKENZIE/CESARE ROMANO/YUVAL SHANI, *The Manual on International Courts and Tribunals*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2010, pp. 101 ss.

<sup>(26)</sup> Ver ALBERT JAN VAN DEN BERG, «Qualified Investment Arbitrators?», in Patrick Wautelet/Thalia Kruger/Govert Coppens (orgs.), *The Practice of Arbitration. Essays in Honour of Hans van Houtte*, Oxford/Portland, 2012, pp. 53 ss.

mas disposições (ou de disposições semelhantes) constantes de diferentes acordos comerciais internacionais, o que é suscetível de gerar incerteza quanto aos direitos dos investidores e às responsabilidades dos Estados de acolhimento.

### **7. A Resolução das Nações Unidas sobre a transparência da arbitragem entre Estados e investidores**

Em 16 de dezembro de 2013, foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Resolução n.º 68/109, que visa dar resposta a algumas destas críticas<sup>(27)</sup>.

Reconhece-se nela o uso generalizado da arbitragem como meio de resolução de litígios relativos a investimentos e o seu valor enquanto tal. Mas afirma-se também a necessidade de maior transparência, dados os interesses públicos em presença.

Para o efeito, a dita Resolução aprovou as *Regras da CNUDCI Sobre a Transparência de Arbitragens entre Investidores e Estados Baseadas em Tratados*<sup>(28)</sup>, nas quais se prevê, além do mais: a) A publicação de certos documentos relativos às arbitragens de investimento, mesmo em arbitragens *ad hoc*; b) A possibilidade de apresentação nelas de peças processuais exprimindo os pontos de vista de terceiros (*amici curiae*); e c) A publicidade das audiências de produção de prova que nelas tenham lugar.

Estas regras estão em vigor desde 1 de abril de 2014, sendo aplicáveis a todas as arbitragens de investimentos instauradas ao abrigo do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL com base num tratado de proteção de investimentos concluído após essa data, salvo acordo das partes em contrário.

---

<sup>(27)</sup> Disponível em <<http://www.un.org>>.

<sup>(28)</sup> Cf. *United Nations Commission on International Trade Law Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, texto disponível em <<http://www.uncitral.org/uncitral>>.

## 8. O impacto dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores sobre o exercício dos poderes regulatórios dos Estados

Outro problema suscitado pelos mecanismos de ISDS é o risco de um «efeito inibidor» do exercício pelos Estados dos seus poderes regulatórios («*regulatory chill*»): em ordem a evitarem ter de pagar avultadas indemnizações a investidores estrangeiros, os Estados poderão, diz-se, abster-se de adotar medidas em matéria ambiental, laboral, de consumo ou relativas à saúde pública que possam afetar negativamente os investimentos estrangeiros; o que inevitavelmente constringe o exercício de poderes de soberania pelos Estados de acolhimento desses investimentos em áreas sensíveis, a expensas dos interesses nacionais que lhes compete prosseguir. Tal a consequência, segundo alguns, de se utilizar um mecanismo tipicamente privado de resolução de litígios — a arbitragem — em matérias de Direito Público.

Estas considerações terão porventura desempenhado um papel relevante na denúncia da Convenção ICSID pela Bolívia (em 2008), pelo Equador (em 2009) e pela Venezuela (em 2012). Mas o problema ganhou também certa acuidade na Europa quando a empresa sueca Vattenfall demandou, em 2012, a República Federal da Alemanha, instaurando contra esta uma arbitragem perante o ICSID, ao abrigo do Tratado da Carta da Energia, com fundamento nos prejuízos que alegadamente sofrera em virtude da descontinuação do programa nuclear alemão (decidida pelo Parlamento daquele país em 2011, na sequência do acidente de Fukushima), os quais foram estimados em valor superior a 1.000 milhões de euros<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Cf. *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany* (ICSID Case No. ARB/12/12), disponível em <<https://icsid.worldbank.org>>. O processo arbitral encontra-se pendente em 2014.

## 9. Um tribunal internacional de investimentos?

As críticas endereçadas aos mecanismos de ISDS, de que demos conta acima, conduziram à proposta de criação de um tribunal internacional permanente de investimentos, a que caberia em exclusivo julgar este tipo de litígios. Esse tribunal seria provido com juízes vitalícios, designados pelos Estados, o que asseguraria a independência dos julgadores relativamente aos interesses em jogo. Por outro lado, uma câmara de apelação garantiria a uniformidade de julgados. Os processos que tramitassem perante esse tribunal seriam públicos, o que lhes conferiria maior transparência<sup>(30)</sup>.

Na ausência, porém, de uma regulação multilateral do investimento estrangeiro, que inexistente por ora, não seria isento de dificuldades o exercício de uma tal competência exclusiva por um tribunal internacional de investimentos: como se viu acima, esta matéria é hoje predominantemente objeto de tratados bilaterais, que remetem para instâncias arbitrais a decisão dos litígios sobre a matéria.

Por outro lado, um tribunal com a composição referida, ainda que conseguisse fazer vingar a sua competência exclusiva, privaria as partes da possibilidade de escolherem os seus próprios julgadores, que a arbitragem lhes faculta e constitui uma das vantagens deste modo de composição de litígios.

## 10. Calvo renascido? Os tribunais nacionais como alternativa

Uma alternativa possível, que evoca a *doutrina Calvo*<sup>(31)</sup>, acolhida nas constituições de diversos países sul-americanos no

---

<sup>(30)</sup> Neste sentido, GUS VAN HARTEN, *A Case for an International Investment Court*, Londres, 2008, disponível em <<http://www.ssrn.com>>.

<sup>(31)</sup> Sobre a qual pode ver-se, por último, PATRICK JUILLARD, «Calvo doctrine/Calvo clause», in RÜDIGER WOLFRUM (org.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012, vol. I, pp. 1086 ss.

século XIX, consistiria em submeter os litígios emergentes de investimentos estrangeiros exclusivamente aos tribunais dos Estados de acolhimento destes.

Esta ideia terá de alguma sorte inspirado o BIT celebrado em 2014 entre a Austrália e o Japão, no qual se omitem quaisquer regras de ISDS. Ao facto não terá sido alheia a circunstância de a Austrália ter sido demandada em 2012 pela Philip Morris, ao abrigo do BIT entre esse país e Hong Kong, com fundamento em que as regras australianas sobre as embalagens de produtos do tabaco (contidas no *Tobacco Plain Packaging Act 2011*) teriam privado a demandante do valor dos seus investimentos na Austrália, designadamente em virtude da proibição, delas resultante, de a Philip Morris exercer os seus direitos de propriedade intelectual associados àquelas embalagens e bem assim da expropriação do *goodwill* a eles associado<sup>(32)</sup>.

Mas esta solução não é, evidentemente, satisfatória sempre que os tribunais do país de acolhimento do investidor não deem suficientes garantias de observância do *due process* ou restrinjam o acesso à justiça por investidores estrangeiros; e isso, longe de ser uma situação excecional, corresponde ainda hoje à regra num largo número de países<sup>(33)</sup>. Não surpreende, por isso, que noutros acordos comerciais (como o que celebrou com a Coreia do Sul em 2014) a Austrália haja anuído à inclusão de mecanismos de ISDS; e que o atual Governo deste país tenha optado nesta matéria por um *case by case approach*<sup>(34)</sup>.

Dir-se-á que os aludidos problemas não se põem nas relações entre os Estados Membros da União da Europeia e os Estados Unidos ou o Canadá, dado que os respetivos sistemas judiciários nacionais dão suficiente proteção aos investidores, não se justifi-

---

<sup>(32)</sup> Cf. *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia* (PCA Case No. 2012-12), disponível em <<http://www.pca-cpa.org>>. O processo arbitral encontrava-se pendente em 2014.

<sup>(33)</sup> Vejam-se, a este respeito, os elucidativos exemplos relatados por JAN PAULSSON em «Enclaves of Justice», *Transnational Dispute Management*, vol. 4 (2007), n.º 5.

<sup>(34)</sup> Cf. LUKE NOTTAGE, *Why no investor-state arbitration in the Australia-Japan FTA?*, disponível em <<http://blogs.usyd.edu.au>>.

cando por isso a inclusão de mecanismos de ISDS nos acordos comerciais com esses países<sup>(35)</sup>.

A realidade, porém, é que mesmo na União Europeia os sistemas judiciários nacionais apresentam fragilidades inequívocas, como o demonstra, por exemplo, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de violações do direito a um processo equitativo consignado no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pelos tribunais dos respetivos Estados Contratantes<sup>(36)</sup>.

Mas ainda que o referido argumento fosse exato, ele provaria demais pois levaria a excluir a própria arbitragem comercial. A circunstância de os mecanismos de ISDS não serem porventura necessários em certos países a fim de a tutelar os investidores não prejudica que os mesmos apresentem vantagens relativamente ao recurso aos tribunais estaduais, que justificam a sua adoção. Entre estas sobressaem a maior celeridade e flexibilidade do processo arbitral, o seu custo inferior (particularmente no confronto com o dos processos judiciais norte-americanos) e a especialização e a neutralidade dos julgadores, que não atuam como órgãos de soberania de uma das partes.

## 11. O acesso da União Europeia aos *fora* arbitrais existentes

No caso da União Europeia, a opção por mecanismos de ISDS coloca um problema adicional: o dos *fora* arbitrais disponíveis para os litígios de que aquela seja parte<sup>(37)</sup>. Diversas alternativas se podem considerar a este respeito.

---

<sup>(35)</sup> Tal o ponto de vista expresso, aquando da discussão do CETA, pelo Ministro da Economia alemão SIGMAR GABRIEL: cf. *Financial Times*, edição de 25 de setembro de 2014. A objeção à inclusão do ISDS no CETA foi posteriormente retirada pela Alemanha.

<sup>(36)</sup> Só no ano de 2013 foram proferidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem 166 condenações de Estados Contratantes com esse fundamento: cfr. as estatísticas disponíveis em <<http://www.echr.coe.int>>.

<sup>(37)</sup> Cf., a este respeito, GÜNES ÜNÜVAR, *Dispute Settlement Alternatives in Future EU BITS. Building the Framework for Investment Protection*, Bruxelas, 2012.

O ICSID é o centro de arbitragem mais frequentemente escolhido para este efeito. A Convenção ICSID<sup>(38)</sup>, concluída em Washington, D.C., em 1965, tem atualmente 158 Estados Membros, que devem reconhecer e executar nos respectivos territórios as sentenças arbitrais proferidas ao abrigo das suas regras como se fossem sentenças transitadas em julgado proferidas por tribunais nacionais. Não é assim necessário, nesses Estados, qualquer procedimento de revisão e confirmação da sentença arbitral proferida no estrangeiro ao abrigo das disposições da Convenção; o que evidentemente facilita muito a eficácia das sentenças que ostentem a chancela do ICSID. A Convenção, porém, só está presentemente aberta à assinatura de Estados Membros do Banco Mundial. A adesão da União Europeia pressuporia, por isso, uma alteração das disposições da Convenção; o que, dado o elevado número de Estados que são atualmente partes dela e a complexidade de que habitualmente se revestem os procedimentos tendentes a alterar qualquer instrumento de Direito Internacional convencional, não é provável a curto prazo. A arbitragem ICSID encontra-se, assim, por ora fechada aos futuros BITs europeus.

Outro tanto não pode dizer-se da arbitragem segundo o Regulamento da Câmara de Comércio Internacional (CCI)<sup>(39)</sup>. Esta encontra-se no entanto sobretudo orientada para as arbitragens comerciais, em que as preocupações acima referidas com o acesso do público à informação e a intervenção de terceiros nos processos arbitrais não assumem a mesma relevância.

Outra opção possível é o Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas Para o Direito do Comércio Internacional (*United Nations Commission for International Trade Law* ou UNCITRAL)<sup>(40)</sup>, o qual é elegível nos litígios emergentes dos acordos comerciais europeus, ainda que a União não seja membro

---

<sup>(38)</sup> Convenção Para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos Entre Estados e Nacionais de Outros Estados, ratificada por Portugal em 1984. Para um comentário, veja-se, por todos, CHRISTOPH SCHREUER, *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2.<sup>nd</sup> ed., Cambridge, 2013.

<sup>(39)</sup> Cf. *ICC Rules of Arbitration*, disponíveis em <<http://www.iccwbo.org>>.

<sup>(40)</sup> Cf. *UNCITRAL Arbitration Rules*, disponíveis em <<http://www.uncitral.org>>.

desta agência das Nações Unidas. Mas, ao contrário da arbitragem segundo as regras do ICSID ou da CCI, a da UNCITRAL não oferece aos seus utilizadores uma estrutura institucional apta a administrar os processos arbitrais que decorram em conformidade com as respetivas regras.

## 12. As competências do Tribunal de Justiça da União Europeia

Um último problema se coloca a este respeito: o da compatibilidade dos mecanismos de ISDS com as competências exclusivas do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Como se sabe, cabe a este último garantir a interpretação e a aplicação uniformes do Direito Europeu, designadamente através do processo de reenvio prejudicial previsto no art. 267.º do TFUE.

A compatibilização dessa competência do Tribunal de Justiça com os mecanismos de ISDS que venham a ser consignados nos BITs europeus poderá, assim, reclamar a possibilidade de acionamento do reenvio prejudicial pelos tribunais arbitrais a que caiba julgar litígios de investimento.

Essa possibilidade não se encontra decerto expressamente contemplada no TFUE, que cinge o reenvio prejudicial aos «*órgãos jurisdicionais de um dos Estados-Membros*» e apenas o tem por obrigatório relativamente àqueles dentre esses órgãos «*cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno*».

Mas um importante passo no sentido da consagração daquela possibilidade foi recentemente dado pela 8.ª Câmara do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>(41)</sup>. Esta admitiu, com efeito, um pedido de decisão prejudicial formulado por um tribunal arbitral constituído em Portugal, ao abrigo da Lei n.º 62/2011, de 14 de

---

(41) Cf. o despacho de 13 de fevereiro de 2014, proferido no caso *Merck Canada Inc. v. Accord Healthcare, et al.*, processo C-555/13, disponível em <<http://curia.europa.eu>>.

dezembro, para dirimir um litígio entre o titular de uma patente relativa a um medicamento de referência e o fabricante de um medicamento genérico, atento, designadamente, o *caráter necessário* desse tribunal, a *fonte legal* dos seus poderes jurisdicionais e a *equipação dos efeitos das suas decisões* às de um tribunal estadual — características estas que são comuns à arbitragem de investimentos.

### III. A resposta europeia

#### 13. O endosso pela Comissão Europeia dos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores

Consideremos agora o modo como a União Europeia se posicionou relativamente às questões atrás enunciadas.

A resposta europeia a essas questões foi primeiramente esboçada pela Comissão na sua comunicação de 7 de abril de 2010 intitulada «*Rumo a uma política europeia global em matéria de investimento internacional*»<sup>(42)</sup>.

Neste texto, a Comissão reconheceu que «*[a] resolução de litígios investidores-Estado, um elemento fundamental do legado que a União recebe dos tratados bilaterais de investimento celebrados pelos Estados-Membros, reveste-se de particular importância, na medida em que um investimento implica o estabelecimento de uma relação de longo prazo com o Estado de acolhimento que não pode ser facilmente desviada para outro mercado em caso de problema com o investimento*». De acordo com a Comissão, esta forma de resolução de litígios seria «*uma característica de tal forma consagrada nos acordos de investimento que a sua ausência desencorajaria de facto os investidores e contribuiria para tornar a economia de acolhimento menos atractiva do que as outras*». Por

---

(42) Documento COM (2010) 343 final, disponível em <<http://eur-lex.europa.eu>>.

estas razões, concluiu a Comissão, «os futuros acordos da UE que contemplem a protecção do investimento devem incluir sistemas de resolução de litígios entre os investidores e o Estado».

O mesmo documento sublinha, no entanto, a necessidade de maior transparência, uniformidade e previsibilidade dos mecanismos de ISDS.

#### **14. A posição do Parlamento Europeu**

Uma posição mais reservada quanto ao recurso aos mecanismos de ISDS foi expressa pelo Parlamento Europeu na sua Resolução de 6 de abril de 2011<sup>(43)</sup>, em que esse órgão da União manifestou «a sua profunda preocupação face ao nível de discricionariedade dos árbitros internacionais para fazerem uma interpretação lata das cláusulas de protecção do investidor, conduzindo assim à exclusão de uma regulamentação pública legítima» e considerou que «o actual mecanismo de resolução de litígios deve ser modificado, por forma a garantir maior transparência, a possibilidade de as partes interpirem recurso, a obrigação de esgotar os recursos judiciais locais quando sejam suficientemente fiáveis para salvaguardar um processo equitativo, a possibilidade de recurso à prática de “amicus curiae” e a obrigação de escolher um único lugar de arbitragem entre investidores e Estados».

#### **15. O Regulamento sobre a responsabilidade financeira associada aos mecanismos de ISDS**

Não obstante estas reservas, a União deu um passo decisivo no sentido da instituição de mecanismos de ISDS em futuros acor-

---

<sup>(43)</sup> Cf. *European Parliament Resolution of 6 April 2011 on the future European international investment policy*, disponível em <<http://www.europarl.europa.eu>>.

dos internacionais de investimento de que seja parte através do Regulamento n.º 912/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014<sup>(44)</sup>, que regula a repartição da responsabilidade financeira associada a esses mecanismos.

O Regulamento é aplicável aos processos acionados por um demandante de um país terceiro ao abrigo de um acordo de que a União, ou a União e os seus Estados-Membros, sejam partes (art. 1.º). Apenas lhe estão sujeitas as arbitragens instauradas após 17 de setembro de 2014, que digam respeito ao tratamento concedido a investidores depois dessa data (art. 24.º).

Em princípio a União atua na qualidade de demandada se o litígio disser respeito ao tratamento concedido pelas suas instituições, órgãos, organismos ou agências (art. 4.º).

A responsabilidade financeira decorrente de um litígio abrangido pelo Regulamento é repartida de acordo com os seguintes critérios, enunciados no art. 3.º:

- A União assume a responsabilidade financeira decorrente do tratamento concedido pelas suas instituições, órgãos, organismos ou agências;
- O Estado-Membro em causa assume a responsabilidade financeira decorrente do tratamento por ele concedido; e
- A União assume a responsabilidade financeira decorrente do tratamento concedido por um Estado-Membro se esse tratamento for exigido pelo Direito da União.

---

<sup>(44)</sup> Publicado no *Jornal Oficial da União Europeia*, série L, n.º 257, de 28 de agosto de 2014, pp. 121 ss.

## IV. Conclusões

### 16. Argumentos favoráveis aos mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores

À luz do exposto, é manifesto que os mecanismos de ISDS, em particular a arbitragem, são hoje um importante meio de efetivar a responsabilidade dos Estados que acolham investimentos estrangeiros no seu território e que não cumpram as suas obrigações ao abrigo dos acordos internacionais de investimento; sem eles, as regras sobre proteção do investimento estrangeiro podem mesmo ficar letra morta. Daí o enorme significado de que se revestem para os países exportadores de capitais, entre os quais sobressaem os europeus.

Mas esses mecanismos são também, inequivocamente, um instrumento de captação do investimento estrangeiro, não apenas para os países recetores desse investimento, mas também para aqueles outros através dos quais as empresas multinacionais estruturam os respetivos investimentos, tendo em conta, designadamente, a respetiva rede de BITs<sup>(45)</sup>.

Importa notar, a este respeito, que não é exata a ideia, tantas vezes veiculada, de que os tribunais arbitrais decidem maioritariamente os litígios em matéria de investimentos em sentido favorável ao investidor: de acordo com os dados publicados pela UNCTAD em 2014, do número total de casos julgados até ao ano anterior 43% foram decididos a favor do Estado parte, 31% a favor do investidor e 26% foram objeto de transação<sup>(46)</sup>.

Por outro lado, cumpre reconhecer que nenhum outro mecanismo de resolução de litígios assegura de modo tão eficaz o *enfor-*

---

<sup>(45)</sup> Ver, sobre o ponto, CHRISTOPH SCHREUER, «Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests», *ICSID Review*, 2009, pp. 521 ss., que observa a este respeito: «In principle, there is no reason why a prudent investor should not organize its investment in a way that affords maximum protection under existing treaties. It is neither illegal nor improper for an investor of one nationality to establish a new entity in a jurisdiction perceived to provide a beneficial regulatory and legal environment, including the availability of an investment treaty» (p. 524).

<sup>(46)</sup> Cfr. UNCTAD, *World Investment Report 2014*, cit., p. 126.

*cement* do Direito Internacional em litígios relativos a investimentos; e que todas as alternativas atrás consideradas apresentam sérias insuficiências, que desaconselham a sua adoção em futuros acordos internacionais de investimento celebrados pela União Europeia<sup>(47)</sup>.

### 17. A necessidade de reforma dos atuais mecanismos de resolução de litígios entre Estados e investidores

A solução para os problemas postos pelos atuais mecanismos de ISDS, dos quais demos conta acima, não está, pois, em abandoná-los, mas antes em reformá-los, por forma, designadamente, a alcançar-se um adequado equilíbrio entre a proteção devida ao investidor e a liberdade regulatória dos Estados.

Esse desiderato pode ser conseguido, nomeadamente:

- a) Através da adoção de definições mais precisas das noções de «*investimento*», «*investidor*», «*tratamento justo e equitativo*», «*expropriação indireta*», etc., comumente consignadas em acordos comerciais internacionais;
- b) Mediante o reconhecimento aos Estados Contratantes destes do *direito de regular* as atividades dos investidores, em ordem a acautelarem os interesses públicos a seu cargo;
- c) Pela consagração nesses acordos de *garantias de maior transparência* nos processos de arbitragem de investimento (na linha, designadamente, do estabelecido na Resolução nas Nações Unidas de 2013); e
- d) Pela adoção de códigos de conduta dos árbitros em arbitragens de investimento, que assegurem a sua *independência e imparcialidade* relativamente aos interesses em litígio.

---

<sup>(47)</sup> Ver CHRISTOPH SCHREUER, «Do We Need Investment Arbitration?», *Transnational Dispute Management*, vol. 11 (2014), n.º 1.

## 18. O caminho do futuro: o CETA e o TTIP

São fundamentalmente estas as medidas que encontraram acolhimento no texto do CETA, assinado em Ottawa pelos representantes da União Europeia e do Canadá em 26 de setembro de 2014<sup>(48)</sup>. O capítulo 10 desse acordo é dedicado ao investimento; e a secção 6 deste capítulo, aos mecanismos de ISDS. Entre as principais inovações nele consignadas relativamente a tratados anteriores destacam-se as seguintes:

- a) A afirmação expressa do direito de regular («*right to regulate*») das Partes Contratantes<sup>(49)</sup>;
- b) A definição dos conceitos de «*investimento*»<sup>(50)</sup>, «*investidor*»<sup>(51)</sup>, «*tratamento justo e equitativo*»<sup>(52)</sup>, «*expropriação indireta*»<sup>(53)</sup>, etc.
- c) A consagração de regras muito pormenorizadas sobre o funcionamento dos mecanismos de ISDS, entre as quais sobressaem:

---

<sup>(48)</sup> Disponível em <<http://trade.ec.europa.eu>>.

<sup>(49)</sup> Veja-se o texto do preâmbulo, em que as Partes Contratantes declaram que «*the provisions of this Agreement preserve the right to regulate within their territories and [...] preserve their flexibility to achieve legitimate policy objectives, such as public health, safety, environment, public morals and the promotion and protection of cultural diversity*».

<sup>(50)</sup> Art. X.3: «*Every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk*».

<sup>(51)</sup> Art. X.3: «*A Party, a natural person or an enterprise of a Party, other than a branch or a representative office, that seeks to make, is making or has made an investment in the territory of the other Party*».

<sup>(52)</sup> Art. X.9, n.º 2: «*A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes: Denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; Fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings. Manifest arbitrariness; Targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; Abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or A breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article*».

<sup>(53)</sup> Anexo X.11: «*indirect expropriation occurs where a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment*».

- O estabelecimento de prazos para a instauração de ações de investidores contra as Partes Contratantes;
- A instituição de regras sobre os conflitos de interesses dos árbitros e a adoção de um código de conduta para estes;
- A instituição de mecanismos de prevenção de ações frívolas, nomeadamente através da imposição à parte que decair do dever de pagar as custas do processo;
- A previsão de total transparência do processo arbitral, mediante a abertura ao público de todas as audiências e documentos;
- A instituição de mecanismos de mediação prévios ou contemporâneos da arbitragem; e
- A atribuição às Partes Contratantes da possibilidade de celebrarem acordos quanto à interpretação do tratado, limitando deste modo a discricionariedade dos tribunais arbitrais.

O Acordo de Comércio Livre entre a União Europeia e Singapura<sup>(54)</sup> contém regras em larga medida coincidentes.

É de supor que o mesmo caminho seja agora trilhado na negociação do TTIP<sup>(55)</sup>. As diretrizes para a negociação desse acordo, divulgadas em 9 de outubro de 2014 pelo Conselho da União Europeia<sup>(56)</sup>, admitem a consagração nele de mecanismos de ISDS, posto que os seus termos exatos ainda não sejam conhecidos. Essas diretrizes estabelecem, no entanto, o seguinte a este respeito<sup>(57)</sup>:

- a) A inclusão no acordo de mecanismos de ISDS dependerá da obtenção de uma solução satisfatória, sob o prisma dos

---

<sup>(54)</sup> Disponível em <<http://trade.ec.europa.eu>>.

<sup>(55)</sup> Ver, sobre o tema, ROLAND KLÄGER, «The Impact of the TTIP on Europe's Investment Arbitration Architecture», *Zeitschrift für Deutsches und Amerikanisches Recht*, 2014, pp. 68 ss.

<sup>(56)</sup> Ver *Directives for the negotiation of the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America*, documento 11103/13, disponível em <<http://data.consilium.europa.eu>>.

<sup>(57)</sup> Cf. os §§ 22 e 23 do documento citado na nota anterior.

interesses da União Europeia, quanto às disposições substantivas em matéria de proteção de investimentos<sup>(58)</sup>;

- b) A proteção de investimentos deverá ressaltar o direito da União e dos seus Estados Membros de adotarem e aplicarem, em conformidade com as respetivas competências, as medidas necessárias em ordem a prosseguirem, de forma não discriminatória, interesses públicos legítimos, designadamente nos domínios social, ambiental, da segurança, da estabilidade do sistema financeiro e da saúde pública<sup>(59)</sup>;
- c) O acordo deve visar a consagração de um mecanismo de resolução de litígios entre investidores e Estados eficaz e correspondente ao estado da arte, que assegure a transparência, a independência dos árbitros e a previsibilidade do acordo, inclusive através da possibilidade de serem adotadas interpretações vinculativas deste pelas Partes Contratantes<sup>(60)</sup>.

Não há assim, ao menos por ora, uma intenção firme da União Europeia no sentido de incluir no TTIP um mecanismo de ISDS. A essa circunstância não será alheia a repercussão que as preocupações referidas quanto ao modo atual de funcionamento do ISDS e ao seu possível impacto no exercício das competências regulatórias dos Estados Membros e da União têm tido na imprensa europeia<sup>(61)</sup>

---

<sup>(58)</sup> «*After prior consultation with Member States and in accordance with the EU Treaties the inclusion of investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) will depend on whether a satisfactory solution, meeting the EU interests concerning the issues covered by paragraph 23, is achieved. The matter shall also be considered in view of the final balance of the Agreement*».

<sup>(59)</sup> «*Investment protection [...] should be without prejudice to the right of the EU and the Member States to adopt and enforce, in accordance with their respective competences, measures necessary to pursue legitimate public policy objectives such as social, environmental, security, stability of the financial system, public health and safety in a non-discriminatory manner*».

<sup>(60)</sup> «*Enforcement: the Agreement should aim to provide for an effective and state-of-the-art investor-to-state dispute settlement mechanism, providing for transparency, independence of arbitrators and predictability of the Agreement, including through the possibility of binding interpretation of the Agreement by the Parties*».

<sup>(61)</sup> Cf., por último, «TTIP divides a Continent as EU Negotiators Cross the Atlantic», *The Guardian*, 8 de dezembro de 2014 (disponível em <<http://www.theguardian.com>>).

e em certos meios académicos<sup>(62)</sup>. Caso venha a ser consagrado, esse mecanismo deverá necessariamente acautelar estas preocupações.

Independentemente, porém, da adoção de um mecanismo de ISDS no TTIP, importa ter presente que aquele que figura no CETA poderá também aproveitar às empresas americanas nos litígios que as oponham à União Europeia ou aos Estados Membros desta, contanto que estruturem os seus investimentos na Europa através de entidades constituídas ou organizadas ao abrigo das leis do Canadá e que estas exerçam atividades comerciais substanciais no território deste país. A omissão do ISDS no TTIP não excluiria, pois, só por si, o recurso a este meio de composição de litígios no tocante aos investimentos norte-americanos na Europa.

---

<sup>(62)</sup> Cf., designadamente, PETER MUCHLINSKI / HORATIA MUIR WATT / GUS VAN HARTEN / HARM SCHEPEL, *Statement of Concern about Planned Provisions on Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, disponível em <<http://www.kent.ac.uk>>.



# O CONSENSUALISMO CONTRATUAL NO SISTEMA JURÍDICO GLOBAL: *A TRANSMISSÃO DE AÇÕES TITULADAS NOMINATIVAS*

*Pela Prof. Doutora Maria João Mimoso(\*)  
e Mestre Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues(\*\*)*

## *SUMÁRIO:*

1. Introdução. 2. Consensualismo contratual. 3. Reconfiguração do modelo de transmissão. 4. Compra e venda com eficácia meramente obrigacional. 5. Objeto da transmissão: Das ações. 6. Limites legais e convencionais à transmissão das ações. 6.1. Limites legais; 6.2. Limites Convencionais. 7. Da destruição ou extravio de títulos nominativos *versus* transmissão: A recuperação dos títulos nominativos: a reconstituição, a conversão e a reforma judicial.

## **Resumo**

O presente estudo começa por uma breve incursão sobre a evolução histórica do consensualismo contratual, pondo em destaque os principais

---

(\*) Doutora em Direito. Professora associada. Docente do Departamento de Direito (UPT).

(\*\*) Mestre e Investigador em Direito. Investigador no Instituto Jurídico Portucalese (IJPT), no Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (EDUM), no Centro de Investigação, Desenvolvimento e Inovação da Academia Militar (CINAMIL) e na Associação Portuguesa de Direito de Consumo (apDC). Relator do Observatório dos Direitos Humanos (ODH), Jurista *pro bono* da Associação Portuguesa de Linfomas e Leucemias (APLL) e do Centro de Aconselhamento e Orientação de Jovens de Lisboa (CAOJ).

carateres que, nos diversos momentos históricos, se foram evidenciando. De seguida são explorados os fundamentos dogmáticos do modelo de transmissão contratual assumido pelo legislador português e testada a sua viabilidade no sistema jurídico nacional, dando especial atenção ao direito dos valores mobiliários. Fechando com uma reflexão sobre a necessidade, na prática mercantil, e inevitabilidade, no sistema jurídico, da existência de contratos de compra e venda de natureza meramente obrigacional. Finalmente são trabalhados os principais aspetos do regime jurídico aplicável às ações tituladas nominativas fora do mercado regulado, em particular, os principais limites à transmissão, enquanto instrumentos/barreiras ao consensualismo contratual, reforçando com os sistemas de recuperação dos títulos nominativos.

**Palavras-chave:** Autonomia privada; consensualismo contratual; modelo de transmissão contratual; regras e princípios; contrato de compra e venda meramente obrigacional; ações tituladas nominativas; limites à transmissão.

***Abstract:** The present study begins with a brief incursion on the historical evolution of the contractual consensualism, emphasizing the main aspects that, in different historical moments, were showed. Forthwith, are explored the dogmatic foundations of the contractual transmission model assumed by the Portuguese legislator and tested its viability in the entire legal system, giving special attention to securities law. Ending, with a reflection on the necessity in commercial practice and inevitability in the entire legal system the admissibility of the existence of contracts of sale without real effectiveness. Finally, the main aspects of the legal regime applicable to nominative titled actions outside the regulated market are dealt with, in particular, the main limits to the transmission, as instruments / barriers to contractual consensualism, reinforced with the recovery systems of nominative securities.*

***Keywords:** Private autonomy; contractual consensualism; transmission model contractual; rules and principles; contract of sale purely obligatory; nominative titled actions; limits to the transmission.*

## 1. Introdução

Pretende-se salientar a importância do **contrato** que subjaz à transmissão de direitos reais, *ex máximo*, sobre valores mobiliários. A compreensão dos seus efeitos implica uma breve incursão histórica sobre o consensualismo contratual, cujo regime se encontra tipificado no Código Civil Português.

Por outro lado, os particularismos emergentes do regime relativo ao modo de transmissão de valores mobiliários impõem uma reconfiguração do consensualismo acolhido pelo legislador no art. 408.º, n.º 1 do Código Civil.

O modo de transmissão de valores mobiliários pressupõe, hipoteticamente, um contrato ou, *quiçá*, em algumas situações, um negócio jurídico unilateral, com efeitos meramente obrigacionais, verificando-se a eficácia translativa, apenas e só, através com um ato posterior complementar.

De facto, o contrato, fruto do ideário voluntarista, enquanto mecanismo agilizador da transmissão de direitos reais exhibe, no contexto dos valores mobiliários, fragilidades, só ultrapassáveis por via da concretização dos pressupostos e requisitos tipificados pelo legislador no Código dos Valores Mobiliários, inquestionavelmente, em prol da tutela da segurança jurídica.

Em sede de Valores Mobiliários, daremos especial enfoque às ações, em particular as tituladas nominativas de sociedades anónimas, à sua transmissibilidade *funcional ou operativa*. Em suma, aos seus principais aspetos: natureza, modelo de transmissão, limites legais e convencionais e, por fim, a recuperação dos títulos extraviados ou destruídos, enquanto limites ao consensualismo contratual.

Entendemos que a estas temáticas, não obstante, terem já sido equacionadas, merecem, porque dissonantes, algumas reflexões no contexto do nosso ordenamento jurídico.

É nosso ensejo dar solução à transmissibilidade das ações tituladas nominativas de sociedades anónimas fora do mercado regulamentado, procurando traçar os contornos da reconfiguração do modelo acolhido pelo nosso Código Civil face à necessidade da sua readaptação a outros instrumentos legais mais evoluídos.

## 2. Consensualismo contratual

O regime da transmissão de direitos reais não operou, sempre, segundo os mesmos contornos.

No entanto, e não obstante as diversas construções dogmáticas, todas as opções legislativas apontam, estruturalmente, num sentido: **a proteção da segurança jurídica das partes e de terceiros no tráfico jurídico.**

Na Antiguidade<sup>1</sup> a “transmissão” (da propriedade) concretizava-se através da prática de atos translativos típicos: *a mancipatio*, *a in iuri cessio* e *a traditio*<sup>(2)</sup>. O contrato produzia, *per se*, somente efeitos obrigacionais, constituía obrigações, mas não desencadeava a transmissão da propriedade<sup>(3)</sup>.

Com soluções muito próximas das acolhidas pelo direito romano clássico, encontramos, designadamente, as ordens jurídicas espanhola e austríaca, consagrando ambas um sistema de título e modo.

O negócio jurídico, em si mesmo, não transmite o direito real, sendo necessário um segundo negócio, este real. Todavia, e diferentemente do que ocorre no sistema de modo, a validade e eficá-

(<sup>1</sup>) Reportamo-nos ao direito romano clássico.

(<sup>2</sup>) “(...) (A) transferência da propriedade não dependia da celebração do contrato de compra e venda — *emptio et venditio*, considerado como *titulus acquirendi* — uma vez que este tinha efeitos meramente obrigacionais, mas antes da celebração de um segundo negócio posterior — o *modus acquirendi* — como a *mancipatio*, a *in iuri cessio*, mas principalmente a *tradio*. Este era um negócio que implicava um acto real ou material, correspondente à entrega física do bem pelo tradens. No entanto, posteriormente admitiu-se que em lugar de ser real ou material, a *tradio* pudesse ser apenas simbólica (como a entrega das chaves — *tradio clavium* — ou a entrega dos documentos ou do título da propriedade — *tradio instrumentorum*) ou mesmo ficta (como nos casos da *tradio brevi manu* e do constituto possessório” in LEITÃO, MENEZES, *Direito Das Obrigações*, Vol. III — *Contratos Em Especial*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 23 (negrito nosso).

(<sup>3</sup>) VIEIRA, JOSÉ ALBERTO C., *Direitos Reais* Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 231. Já “no período pré-justiniano, com o declínio da *mancipatio* e da *in iure cessio*, acompanhado pelo desaparecimento da distinção das coisas em *mancipi* e *nec mancipi*, a compra e venda e a doação tornaram-se simultaneamente reais e obrigacionais, transmitindo igualmente a propriedade. Com Justiniano, porém, ocorreu um regresso à solução do período clássico e a *tradio* foi requerida novamente para a transmissão do direito real”. *Ibidem*, p. 232.

cia do segundo negócio jurídico (negócio real) depende, necessariamente, da validade do primeiro<sup>(4/5)</sup>.

O Direito português, até às Ordenações Filipinas, acolhera a solução jurídica do Direito Romano. Estipulava-se a propósito da venda, que se “*o senhor de alguma coisa a vende duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entregar dela será dela feito verdadeiro senhor; se dela pagou o preço por que lhe foi vendida*”<sup>(6)</sup>.

O primeiro Código Civil português seguiu, por influência da escola jusracionalista (*Grotius, Puffendorf*), a corrente favorável ao consenso translativo. Com efeito, o art. 715.º do Código de Seabra consubstanciava que “*nas alienações de cousas certas e determinadas, a transferência da propriedade opera-se entre os contraentes por mero efeito do contrato, sem dependência de tradição ou de posse, quer material, quer simbólica, salvo havendo acordo das partes em contrário*”. Demonstra, no entanto, Pedro de Albuquerque “*(...) que ainda nos anos 30 do séc. XX, as escrituras notariais faziam referência expressa à prática da dessaisine — saisine pelo vendedor, que assim efetuará a tradição no próprio contrato*”.

Porém, e na esteira de Cunha Gonçalves, a doutrina aceitava, “*pacificamente a eficácia real do contrato, (...)*”<sup>(7)</sup>.

<sup>(4)</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>(5)</sup> “*No sistema do título e modo, vigente na Áustria (§ 425 ABGB) e em Espanha (art. 609.º, C. C. espanhol) para que o efeito real se produza, é necessária a presença simultânea de um *titulus et modus acquirendi*, ou seja, não basta que exista uma justa causa ou fundamento jurídico de aquisição (como o contrato de compra e venda), sendo ainda necessária a realização de um segundo acto de transmissão (como a tradição ou o registo). Trata-se de um sistema de transmissão causal dos direitos reais, dado que embora o negócio causal e a transmissão sejam dois negócios distintos, a validade da transmissão depende do negócio causal. Assim, o título só por si é insuficiente para produzir o efeito real exigindo necessariamente um modo. Mas também o modo de aquisição só por si é insuficiente, pressupondo igualmente um título. Por isso, a realização da tradição só permite transmitir o direito real se tiver sido precedida de um negócio jurídico que fundamente essa transmissão (como o contrato de compra e venda). Se houver só título (como na hipótese de apenas a compra e venda ter sido celebrada), o negócio terá valor meramente obrigacional, sem produzir efeitos reais*”. In *Direito Das Obrigações, Vol. III — Contratos Em Especial*, 2010, pp. 24 -25

<sup>(6)</sup> VIEIRA, JOSÉ ALBERTO C., *ob. cit.*, p. 234.

<sup>(7)</sup> *Vide* nota 29. LEITÃO, MENESES, *ob. cit.*, 2010, p. 24.

Certo é que o art. 1578.º do mesmo código preceituava: “*se a mesma coisa for vendida pelo mesmo vendedor a diversas pessoas observar-se-á o seguinte: se a coisa vendida for mobiliária prevalecerá a venda mais antiga em data; se não for possível verificar a prioridade de data prevalecerá a venda feita ao que se achar de posse da coisa*”<sup>(8)</sup>. Observando-se uma certa reminiscência românica a favor da *traditio*: **a entrega da coisa funcionava a favor do comprador caso a data da venda não se provasse**<sup>(9)</sup>.

O consensualismo apresentava-se mitigado relativamente à transmissão de imóveis. Assim, e nos termos do art. 1580.º do Código de Seabra, “*se a coisa vendida for imobiliária, prevalecerá a venda primeiramente registada, e se nenhuma se achar registada o que fica disposto no artigo 1578.º*”. Notável a influência dominante de raiz francesa.

Em suma, quanto aos imóveis o consensualismo operava somente *inter partes*; no que respeita à oponibilidade a terceiros do direito do comprador, “*tudo dependeria de o terceiro beneficiário de uma segunda venda ter ou não registo. O comprador que não registasse não teria qualquer direito contra o comprador da segunda venda, caso este houvesse registado a sua aquisição, o que parece configurar à partida um sistema em que o registo funciona como condição de oponibilidade do direito real contra terceiros, solução que levou alguns autores italianos a falarem numa propriedade relativa no âmbito da ordem jurídica italiana, que previa um regime semelhante*”<sup>(10)</sup>.

O *princípio* da consensualidade ou do consensualismo<sup>(11)</sup> ou “*princípio*” da eficácia real imediata<sup>(12)</sup> veio a ser consagrado, sem sofismas, no art. 408.º, n.º 1, do Código Civil de 66, embora em sede de contratos e não no Livro III, dedicado aos Direitos Reais, ainda que aqui se consagre a remissão para os momentos da aquisição. Cf. art. 1317.º, a) Código Civil.

---

<sup>(8)</sup> O atual Código Civil Português apresenta regras semelhantes, tais como: art. 407.º, no âmbito dos direitos pessoais de gozo; art. 697.º, sobre a hipoteca.

<sup>(9)</sup> Neste sentido, *vide* VIEIRA, JOSÉ ALBERTO C., *ob. cit.*, p. 235.

<sup>(10)</sup> *Ibidem*, pp. 235-236.

<sup>(11)</sup> *In* LEITÃO, MENEZES, 2010, pp. 25-26.

<sup>(12)</sup> DUARTE, RUI PINTO, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., revista e aumentada, Principia Editora, 2007, p. 41.

O *suposto* princípio surge, também, a propósito da compra e venda, artigos 874.º e 879.º, alínea a)<sup>(13)</sup>, e da doação, art. 954.º, alínea a), todos do Código Civil. Estes, os dois paradigmas de contrato real *quoad effectum*<sup>(14)</sup>.

Na esteira daquele, o direito real constitui-se ou transfere-se, *solo consensu*<sup>(15)</sup>, no momento da celebração do contrato causal. Essa transmissão operaria, instantânea e automaticamente, sem necessidade de entrega da coisa ou do registo, quanto a imóveis, e independentemente do cumprimento das obrigações assumidas pelas partes, ex: na compra e venda, o pagamento do preço<sup>(16/17/18)</sup>.

Deste modo, a constituição ou transferência dos direitos reais depende apenas da existência de um título de aquisição — *titulus adquirendi*<sup>(19/20)</sup>. Facto que revela vantagem em virtude da sua simplicidade<sup>(21)</sup>.

<sup>(13)</sup> “I — Resulta do tipo legal da compra e venda configurado nos arts. 874.º e 879.º do Código Civil que a propriedade da coisa vendida se transmite para o adquirente pelo contrato, constituindo a transmissão do domínio um dos efeitos essenciais do negócio jurídico, ao lado das obrigações de entrega da coisa e de pagamento do preço respectivo; II — “Trata-se, pois, de um contrato consensual (...), em que o aperfeiçoamento do vínculo se atinge mediante o acordo de vontades (...); III — “Flui igualmente da tipicidade legal da compra e venda a sua natureza de contrato real *quoad effectum*, na medida em que determina a produção imediata do efeito real de transmissão do direito de propriedade [cf., aliás, os arts. 1317.º, alínea a), e 408.º, n.º 1, do mesmo Código] e, ainda, de contrato obrigacional, segundo o mesmo critério, na perspectiva dos efeitos obrigacionais da entrega da coisa e do pagamento do preço que dele derivam”. Acórdão STJ de 18-09-2003 (LUCAS COELHO), in <<http://www.dgsi.pt>> (15.04.2013).

<sup>(14)</sup> VIEIRA, JOSÉ ALBERTO C., *ob. cit.*, p. 236.

<sup>(15)</sup> *Consensus parit proprietatem* — PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 1987, p. 375; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9.ª ed., Coimbra, 1996, pp. 310 ss; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Coimbra, 2001, pp. 258 ss.

<sup>(16)</sup> VIEIRA, JOSÉ ALBERTO C., *ob. cit.*, p. 236.

<sup>(17)</sup> LEITÃO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>(18)</sup> V “O contrato *aperfeiçoa-se* em todo o caso, independentemente da produção dos efeitos aludidos, mercê do mútuo consenso dos contraentes, de modo que a obrigação de pagar o preço, nomeadamente, em nada influi na sua perfeição, e tão-pouco condiciona a eficácia translativa na falta de semelhantes estipulações”. Acórdão STJ de 18-09-2003 (LUCAS COELHO), in <<http://www.dgsi.pt>> (15.04.2013).

<sup>(19)</sup> *Ibidem*, pp. 25-26.

<sup>(20)</sup> É necessária uma justa causa de aquisição para o direito real se constituir ou transmitir validamente [princípio da causalidade que vigora no sistema de título (e no

Em suma, e à primeira vista, o art. 408.º, n.º 1, consagra, em pleno, o sistema de título<sup>(22)</sup>.

Não obstante o que ora se anuncia e a boa intenção do legislador, sublinhe-se que este sistema apresenta algumas particularidades, que atenuam, profundamente, os propósitos da transmissão *solo consensu*. Aliás, no seguimento do padrão encontrado no devir histórico e, também, marcado pelas sucessivas transformações financeiras, económicas e sociais que implicaram a criação de outros mecanismos legislativos e uma necessária adaptação dos instrumentos negociais à realidade hodierna.

### 3. Reconfiguração do modelo de transmissão

Impõe-se, preliminarmente, nesta sede, empreender, em termos concetuais, uma correção terminológica, que nos parece essencial para a temática que cuidamos. Trata-se de saber se o art. 408.º, n.º 1 quando refere “*as exceções previstas na lei*” reporta-se, efetivamente, a verdadeiras exceções a um princípio ou se consubstancia um verdadeiro regime contraposto a uma regra.

Distinguir, no âmbito de um conceito norma, **regras de princípios** constitui uma tarefa especialmente complexa e delicada. Os critérios sugeridos por Gomes Canotilho — embora em sede de Direito Constitucional — e que integramos na dogmática do Direito Cível através da analogia doutrinária, são os seguintes<sup>(23)</sup>:

---

título modo)]. No sistema de modo, regula-se pelo princípio da abstração, facto que impede os vícios do negócio causal afetarem a transferência da propriedade. *In ibidem*, p. 26.

<sup>(21)</sup> *In ibidem*, p. 26.

<sup>(22)</sup> Assim, entre nós, veio a consagrar-se a caracterização do contrato de compra e venda no âmbito da *venda real*. Neste sistema, o adquirente após a celebração do contrato adquire imediatamente a propriedade da coisa vendida que pode, imediatamente, opor *erga omnes*, nos casos de bens não sujeitos a registo, ficando, no caso de bens sujeitos a registo, a oponibilidade a terceiros dependente do cumprimento do ónus registal. A transmissão da propriedade aparece, assim, ligada à celebração do contrato, da qual depende como efeito automático. *In ibidem*, pp. 26-27.

<sup>(23)</sup> *In* CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1160-1161 (reimpressão 2012). Negrito nosso.

**“Grau de abstração:** os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;

**Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto:** os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;

**Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito:** os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito);

**«Proximidade» da ideia de direito:** os princípios são «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na «ideia de direito» (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

**Natureza normogénica:** os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamental”.

Partindo dos caracteres assinalados, e contextualizando-os no âmbito do direito civil, diremos que o consensualismo, por decorrência e concretização do princípio da autonomia da vontade, consubstancia uma verdadeira regra pragmática, aquilo a que chamaremos **regime regra**. Consequentemente, este cederá perante dispositivos legais, que por força daquele princípio (autonomia da vontade), ou de um outro estruturante do sistema jurídico, dispõem em sentido inverso<sup>(24)</sup>.

**O consensualismo**, não sendo um verdadeiro princípio estruturante do sistema, não apresentando o grau de abstração e a natu-

---

<sup>(24)</sup> Vide BAPTISTA MACHADO quando trata a questão de saber se o conteúdo dos arts. 17.º e 18.º do C. Civil são exceções ou desvios ao princípio ou regra constante do art. 16.º. In MACHADO, J. B., *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.ª ed. (reimpresão), Coimbra (1985), 2002, p. 193. Segundo este autor, trata-se de uma regra geral que cede aos desvios sempre que princípios estruturantes de direito internacional privado reclamam aplicação.

reza normogenética, essenciais aos princípios estruturantes, **assumindo-se como disciplina regra em sede contratual**.

Constitui, desta feita, uma regra-base e não uma verdadeira inevitabilidade dentro do sistema jurídico nacional<sup>(25)</sup>.

### **Concretizando:**

Somente os princípios pelas características fundamentais que apresentam, porque constituem uma *inevitabilidade* no sistema, poderão ser *excecionados*, tendo como fundamento valores ou outros princípios essenciais de caráter mais geral.

Por outro lado, os regimes contrapostos às regras gerais apresentam-se, tal como aquelas, com um propósito fundamental, o de conferir pragmaticidade ao direito. A sua aplicação tem por base, a maior parte das vezes, princípios fundamentais do sistema onde se inserem.

### **Densificamos, de seguida, o substrato essencial da anunciada regra, dentro do seu micro sistema, conformando veementemente o entendimento acolhido.**

Podemos, desde logo, identificar alguns desvios à regra da consensualidade no art. 408.º, n.º 2, no que tange ao momento da aquisição do direito real<sup>(26)</sup>. O contrato deixa, assim, de ser o único título de aquisição da propriedade [do direito real]. O momento da aquisição não é o da conclusão do contrato, diferindo-se, nas hipóteses contempladas no preceito, para momento posterior<sup>(27)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> In DUARTE, RUI PINTO, *ob. cit.*, 2007, p. 58.

<sup>(26)</sup> Reforçando acolhemos a regra da consensualidade (por decorrência do princípio da autonomia da vontade) que cede aos desvios sempre que outros princípios jurídicos reclamem aplicação.

<sup>(27)</sup> Segundo o autor RAÚL VENTURA a transmissão do direito real constituiria um “efeito produzido pelo contrato mas não só por ele, isto é, não (...) efeito mero do contrato, mas (...) efeito do contrato, acompanhado por algum outro ato ou facto”. RAÚL VENTURA, «Contrato de compra e venda no Código Civil. Efeitos essenciais: transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa», Revista da Ordem dos Advogados, 1983, III, pp. 587 ss (p. 593). “A transmissão da propriedade opera-se sempre por efeito do contrato, mas nem sempre no momento do contrato”. In *ibidem*, p. 618. Entendimento que não acolhemos, conforme poderemos desenvolver mais adiante no presente estudo.

Na esteira de Menezes Leitão<sup>(28)</sup>, seguindo uma visão geral e linear do regime jurídico aplicável à compra e venda, “(o) fenómeno translativo é transferido para momento posterior, mas não fica dependente do cumprimento de uma obrigação de transferir (dare), em sentido técnico<sup>(29)</sup>. Ainda que possam surgir obrigações associadas a essa transmissão, não são elas que produzem o efeito translativo, mas antes este vem a ocorrer automaticamente em consequência da verificação de um facto posterior. Esse facto, aliás, vem concretizar em definitivo uma atribuição patrimonial, que já tinha sido, pelo menos, provisoriamente estabelecida com a celebração do contrato<sup>(30)</sup> entre o alienante e o adquirente”<sup>(31/32)</sup>. A nosso ver, o tema carece de uma análise, crítica, sistemática e global do sistema jurídico e da evolução económica e social.

Segundo o mesmo autor, a regra da consensualidade “tem o mesmo significado tanto para as coisas móveis como para as imóveis. Mesmo no tocante a estas últimas, o direito real deve considerar-se constituído ou transmitido por força do contrato e com a conclusão deste. A este respeito, art. 408.º, n.º 1, e os art. 879.º, alínea a), e 954.º, alínea a), todos do CC, não permitem fundamentar qualquer distinção”<sup>(33)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Que, aliás, conserva o cerne do entendimento da doutrina maioritária que reconduz ao contrato a eficácia translativa da coisa ou do direito. Neste sentido, cf. EIRÓ, VERA, «A transmissão de valores mobiliários — as ações em especial», Themis, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI, n.º 11, 2005, Coimbra: Almedina, p.158.

<sup>(29)</sup> Ver mais adiante a propósito do contrato de compra e venda com eficácia meramente obrigacional.

<sup>(30)</sup> Aspeto que não afasta a natureza causal do facto ou ato complementar.

<sup>(31)</sup> In LEITÃO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 29.

<sup>(32)</sup> Do mesmo autor: “mesmo nas hipóteses em que a venda possui uma eficácia translativa não imediata ou dependente da eventual verificação de certos [atos] ou factos, a verdade é que o contrato integra sempre um esquema negocial translativo, situação distinta da venda obrigatória presente no Direito Romano e no atual Direito alemão. Parece, por isso, que se pode afirmar a inexistência, no Direito Português da figura da venda obrigatória”. *Ibidem*, pp. 27-29. Ver mais adiante o contrato de compra e venda com efeitos meramente obrigacionais.

<sup>(33)</sup> Mas, segundo o entendimento de Antunes Varela “a aquisição do direito real sobre imóveis apenas estaria concluída com o registo da aquisição, invocando para o efeito o art. 5.º, n.º 1, do Código do Registo Predial (efeito declarativo). O adquirente do direito real apenas o poderia opor a terceiro caso houvesse registado a sua aquisição (efeito declarativo do registo predial). O contrato teria assim eficácia entre as partes, mas

Não acolhemos a presente construção doutrinária do normativo. Entendemos, antes, que devem ser feitas sérias ressalvas,

---

*não relativamente a terceiros, que só o registo predial atribuiria, uma tese de proveniência original francesa, embora exportada depois igualmente para Itália no domínio do Codice Civile de 1865, por força da influência da doutrina francesa do Code Civil".* VIEIRA, JOSÉ ALBERTO C., *ob. cit.*, pp. 236-237. Em sentido contrário [por todos, vide ASCENÇÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil: Reais*, Coimbra, 1993, pp. 359 e ss], "*o princípio da consensualidade (art. 408.º, n.º 1) desencadeia a aquisição do direito real sobre o imóvel com a conclusão do contrato (venda, doação, etc.), não tendo a omissão da inscrição registal do facto aquisitivo qualquer interferência na eficácia real do contrato. O contrato determina por si só a constituição ou transmissão do direito real, mesmo relativamente a coisas imóveis. O proprietário, o usufrutuário, o superficiário, o titular de uma servidão predial não estão, por conseguinte, inibidos de reivindicar a coisa de terceiro ou, em geral, de defender o seu direito contra terceiros só porque não registaram a sua aquisição". "Na verdade, o art. 5.º, n.º 1 do CR, nada tem a ver com o princípio da consensualidade, mas com um dos efeitos substantivos da publicidade registal: a aquisição tabular ou efeito atributivo do registo predial. Debaixo da verificação cumulativa de determinados requisitos, um terceiro de boa-fé que haja adquirido o seu "direito" do pseudo titular inscrito, que alienara previamente o direito a quem não fez o registo da sua aquisição, pode ficar protegido contra o verdadeiro titular na ordem substantiva, contando que registe antes dele o seu contrato. Essa proteção consiste na atribuição do direito a que se refere o contrato registado, não obstante a nulidade do mesmo por falta de legitimidade do disponente [em sentido diferente, MENEZES LEITÃO defende "a validade da venda com falta de legitimidade do vendedor" (nota 814)] e tem o seu fundamento na fé pública registal". "O titular do direito, cujo facto aquisitivo não foi registado, pode ver o seu direito extinguir-se ou ficar onerado como contrapartida da aquisição tabular do terceiro. Seja como for, esta matéria, que se liga diretamente ao princípio da publicidade em *Direitos Reais*, não tem qualquer relação com o princípio da consensualidade, nem constitui qualquer restrição a ele". VIEIRA, JOSÉ ALBERTO C., *ob. cit.*, pp. 237-238 e respetivas referências. Ainda que incidindo sobre domínios distintos, a ordem substantiva e a ordem registal, entrelaçam-se, cominando-se, restringindo-se, limitando-se, em cumprimento de princípios jurídicos de grandeza superior que apelam um severo condicionalismo à validade e à eficácia jurídica. Na temática em questão, e seguindo a terminologia, ora, adotada, somos da opinião de que o condicionalismo operado tem incidência sobre a eficácia, e não sobre a validade do negócio. A entendermos como um problema de validade dever-se-á distinguir eficácia invalidante absoluta de eficácia invalidante relativa, cindindo-se dos casos estritos de invalidade que implicam a destruição de todos os efeitos típicos do ato ou negócio jurídico, de todos os outros cujos interesses jurídicos em jogo apelam a que se preservem alguns dos efeitos típicos até à declaração de invalidade ou convalidação pela conformação registal. Resulta do nosso entendimento que o registo (por si) — seja de bens imóveis ou móveis sujeitos a registo [Neste sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, Vol. I, ob. cit.*, pp. 315-316] — é um elemento que consolida a posição do adquirente, complementando, por razões de eficácia — *ex máxime* em relação a terceiros —, a sua aquisição (efeito consolidativo ou confirmativo). Enfatizando, discorremos, ora, a título complementar, o exemplo do registo constitutivo ou registo com eficácia constitutiva — que interfere*

mormente, quando se trate de imóveis ou móveis sujeitos a registo<sup>(34)</sup>.

### **Ponto de situação:**

Esclareça-se que, entre nós, a configuração do atual modelo de eficácia decorre do regime jurídico da compra e venda, do seu carácter imperativo.

Em princípio, estar-nos-ia vedada a possibilidade de celebrar contratos de compra e venda de natureza, apenas, obrigacional<sup>(35/36)</sup>.

Esta perspetiva, no entanto, inviabiliza a unidade e a coerência do sistema, pois não toma em consideração todo o direito aplicável, *ex máxima*, a legislação extravagante e seus respetivos particularismos.

### **Aliás, atente-se o seguinte:**

A lei fornece-nos a regra da transmissão da propriedade *por mero efeito do contrato*. **Todavia, o legislador apresenta-nos um conjunto exponencial de desvios**, denominando-os de “exceções”.

---

com a eficácia *inter partes* dos factos jurídicos a registar. Como exemplo de registo com eficácia constitutiva expressa damos a hipoteca, cf. art. 687.º do CC. Não obstante tratar-se de um contrato acessório, garantia de uma obrigação. São exemplos de registo com eficácia constitutiva quase expressa, os seguintes: transmissão de direitos reais sobre frações autónomas em regime de propriedade horizontal — o instrumento negocial não “pode ser lavrado sem que se exhiba documento comprovativo da inscrição do [respetivo] título constitutivo no registo predial”, cf. n.º 1 do art. 62.º do Código do Notariado; operações de loteamento urbano - a obrigatoriedade do licenciamento das respetivas operações e comprovação da autonomização da descrição predial do lote. Por sua vez, a autonomização e respetiva descrição decorrem da inscrição registal da autorização de loteamento, cf. (n.º 3 do art. 80.º do Código do Registo Predial). Não será de admitir a usucapião neste caso, pois constituiria uma flagrante violação de normas administrativas sobre o loteamento urbano. Neste sentido, GUERREIRO, J., A., G., M., *A posse o registo e os seus efeitos*, IRN, BRN, 11/2003, pp. 7-8.

<sup>(34)</sup> Ver nota anterior.

<sup>(35)</sup> “(U)m contrato que torne translativo da propriedade um ato dispositivo do vendedor não pode ser qualificado como compra e venda, porque (...) falta o efeito essencial da compra e venda”. RAÚL VENTURA, «Contrato de compra e venda no Código Civil», *ob. cit.*, p. 595 (entre outros).

<sup>(36)</sup> Veja-se da sua inevitabilidade, mais adiante.

**A respeito do momento translativo enunciamos os seguintes exemplos<sup>(37/38)</sup>:**

- 1. Na venda de coisa futura<sup>(39)</sup> (a produzir)** — com o termo do ato de produção ou com a aceitação (da entrega) [este último entendimento, por aplicação analógica do disposto no art. 1212.º do CC]; **na venda de coisa alheia** — com a aquisição da propriedade pelo vendedor; **na venda de coisa genérica** — com a concentração ou especificação; **na venda de coisa indeterminada** — com a determinação; **na venda com prestação alternativa** — com a escolha<sup>(40)</sup>; **na venda de parte integrante** — com a separação; **na venda de frutos naturais ainda não colhidos** — com a colheita; **na empreitada com materiais a fornecer pelo empreiteiro** — com a aceitação da coisa móvel entregue ou à medida que os materiais são incorporados no solo.
- 2. Contratos celebrados com reserva de domínio/propriedade para o vendedor:** compra e venda a prestações com a propriedade condicionada pela concretização da última prestação pelo comprador; compra e venda com transmissão a termo inicial; compra e venda com transmissão dependente da ocorrência de qualquer evento (ex. a entrega da coisa vendida ou mesmo o registo da propriedade sobre essa mesma coisa).

---

<sup>(37)</sup> No mesmo sentido (pontos 1, 2 e 3). *Vide* FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, «Transmissão contratual da propriedade — entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes», *Themis*, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI, n.º 11, 2005, Coimbra: Almedina, pp. 7-9.

<sup>(38)</sup> Ver a propósito, nosso entendimento a respeito da eficácia consolidativa e constitutiva do registo na nota de rodapé número 34.

<sup>(39)</sup> Entenda-se coisa futura como aquela inexistente à data da celebração do contrato.

<sup>(40)</sup> A este respeito *vide* CARVALHO, JORGE MORAIS, «Transmissão da propriedade e transferência do risco na compra e venda de coisas genéricas», *Themis*, Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano VI, n.º 11, 2005.

3. **A cessão de créditos**<sup>(41)</sup> — eficácia translativa (externa) do crédito depende da notificação ao devedor<sup>(42/43)</sup> (por integração analógica do disposto no art. 584.º<sup>(44)</sup> do CC para suprir a lacuna do presente regime)<sup>(45)</sup>.
4. **Nas relações privadas absolutamente internacionais — *no âmbito da escolha de lei*** — com a abertura a um sistema que não o do título, por aplicação do art. 46.º do CC, em articulação com o regime jurídico aplicável à forma e perfeição da declaração negocial [arts. 35.º e 36.º do CC] e substância dos negócios jurídicos (eficácia obrigacional) [Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)]<sup>(46)</sup>.

---

(41) Cf. “Art. 577.º (*Admissibilidade da cessão*). 1. — *O credor pode ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, independentemente do consentimento do devedor, contanto que a cessão não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor.* 2. — *A convenção pela qual se proíba ou restrinja a possibilidade da cessão não é oponível ao cessionário, salvo se este a conhecia no momento da cessão”.*

(42) Neste sentido, vide COSTA, ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Coimbra, 2001, pp. 760 e ss.

(43) Contra este entendimento, vide CRISTAS, ASSUNÇÃO, *Transmissão contratual do direito de crédito. Do carácter real do direito de crédito*, Coimbra, 2005.

(44) Cf. “Art. 584.º (*Cessão a várias pessoas*). *Se o mesmo crédito for cedido a várias pessoas, prevalece a cessão que primeiro for notificada ao devedor ou que por este tiver sido aceite”.*

(45) Vide art. 789.º do Código de Seabra, que dispõe no seguinte sentido: “*Pelo que respeita ao cedente, o direito cedido passa ao cessionário pelo facto do contracto; mas em relação ao devedor ou a terceiro, a cessão só pode produzir o seu efeito, desde que foi notificada ao devedor, ou por outro modo levado ao seu conhecimento, com tanto que o fosse por forma autentica*”. Regime que garante os interesses em jogo nos negócios jurídicos celebrados, nomeadamente, o princípio da confiança, pela imposição de transparência. Entendemos, ser de acolher, na ausência, constatada, de normativo a mesma configuração dogmática, afastando, por efeito, a aplicação do disposto no n.º 1 do art. 408.º do CC.

(46) Para mais desenvolvimentos sobre o sistema jurídico conflitual, FERNANDES, CARLOS, *Da Natureza e Função das Normas de Conflitos de Leis*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992. MACHADO, J. B., *Lições de Direito Internacional Privado*, ob. cit., LIMA PINHEIRO, LUÍS DE, *Direito internacional privado, Vol. I, Introdução e direito de conflitos, Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 2009; *Direito internacional privado, Vol. II, Direito de conflitos, Parte Especial*, Coimbra: Almedina, 2013. MIMOSO, MARIA JOÃO; SOUSA, SANDRA C. NÓTULAS DE, *Direito Internacional Privado, Quid Juris*, 2009.

5. **O caso particular dos contratos monolocalizados ou homogeneizados** [n.º 3.º do art. 3.º de Roma I] — quando o regime jurídico de natureza obrigacional conflitua com o de natureza real, cominando com nulidade ou inexistência jurídica determinado negócio jurídico pela exigência da incorporação de algum elemento ou pela ocorrência de algum evento que não se verificou, e em sede de resolução de conflitos de normas se optar pelo cumprimento daquelas exigências normativas.
6. **Outras regras sobre transmissão negocial da propriedade, entre outros efeitos jurídicos, tais como, a transferência do risco - setores do direito comercial transnacional (usos, costumes e modelos regulativos)** — a *lex eletrónica, informática* ou *numérica*; no setor dos derivados do petróleo, gás e carvão, a *lex petrólia*, também, no setor bancário, a *lex argentarium*, no que tange aos assuntos relacionados com o mar, a *lex marítima*<sup>(47)</sup>.

Creemos que a evolução da realidade<sup>(48)</sup> provoca, desta feita, uma reconfiguração dos contornos da regra. Invertendo-se a relação existente entre esta e aquela *exceção*.

Entendemos, assim, que a regra contida no art. 408.º do Código Civil possui caráter residual, porque circunscrita “*aos casos, agora os menos frequentes, em que nenhuma outra regra*” tem aplicação<sup>(49)</sup>. Neste sentido, não constitui, na realidade jurí-

---

(47) Sobre as fontes da Nova *Lex Mercatória*, vide CARDOSO RODRIGUES, RICARDO ALEXANDRE, *A regulação positiva da Contratação Internacional — The New Law Merchant*, Tese de mestrado, Repositório da Universidade Lusíada do Porto, 2012, pp. 73-90 e respetivas referências. Sobre a autonomia nacional de direito comercial internacional, vide LIMA PINHEIRO, LUÍS DE, *Direito Comercial Internacional. Contratos Comerciais Internacionais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*. Almedina, 2005; *Direito comercial internacional. O direito privado da globalização económica: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino do direito comercial internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

(48) **Relembre-se, também, a tendência histórica, in concreto, as raízes fundamentantes.**

(49) FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, «Transmissão contratual da propriedade —

dico ontológica — quadro normativo, social, económico e financeiro — um comando jurídico *regra, regra-base* ou um regime *regra*. **Antes, e cada vez mais, um desvio decorrente da *execio-nal* aplicação.**

As regras vertidas nos arts. 408.º e 409.º, ambos do Código Civil, assim como outras relativas à transmissão negocial da propriedade ou algum dos seus efeitos, *ex maxime*, a transferência do risco, têm natureza supletiva<sup>(50)</sup>.

**Não se vislumbra qualquer interesse geral digno em contrário, resultando tal entendimento, diretamente e por inferência, da própria lei** (ex: a reserva de propriedade pode ser acordada com referência a qualquer tipo de evento)<sup>(51)</sup>.

Não podemos olvidar que a atual prática jurídica portuguesa limita a reserva de propriedade “à função de garantia do vendedor”. No entanto, esse facto não obstaculiza “*a amplitude da norma permissiva, que não exclui outros eventos determinantes da transmissão da propriedade, como o decurso do tempo, a entrega da coisa vendida ou o registo da propriedade sobre essa coisa*”<sup>(52/53)</sup>.

Urge relembrar, que a suposta regra da consensualidade decorre de uma das densificações do princípio da autonomia da vontade, tal como o princípio da liberdade de estipulação, *in concreto*, a liberdade de auto limitar os efeitos jurídico-legais, do princípio *solo consensu obligat* (escola jusracionalista e ideologia individualista)<sup>(54)</sup>.

Na verdade, o Código Civil no que respeita a matérias como a transmissão da propriedade foi edificado segundo premissas do ideário voluntarista.

entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes», Themis, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI, n.º 11, 2005, Coimbra: Almedina, p. 9.

<sup>(50)</sup> Neste sentido, vide ASCENÇÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil: Reais, ob. cit.*, p. 312; DUARTE, RUI PINTO, *ob. cit.*, 2007, pp. 55 e ss.

<sup>(51)</sup> No mesmo sentido, FERREIRA DE ALMEIDA, *in ibidem*, pp. 9-10.

<sup>(52)</sup> *In ibidem* pp. 9-10.

<sup>(53)</sup> Os dois últimos casos correspondem a atos posteriores, devidos pelo vendedor, a um contrato de compra e venda, conferindo-lhe eficácia real.

<sup>(54)</sup> Sobre o princípio, vide FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I — Introdução; Pressupostos da Relação Jurídica*, 5.ª ed., Universidade Católica, 2009, p. 94.

Todavia, o Código Civil não regula integralmente a transmissão negocial da propriedade, outros diplomas existem com outros modelos de transmissão que se impuseram porque mais práticos, mais adequados às exigências do *modus operandi* do sistema económico e financeiro que, enquanto realidade dinâmica, consubstancia forças motrizes irresistíveis para o próprio direito civil.

Estamos convictos que aquilo a que o legislador chama de princípio da consensualidade ou *consensualismo*, no ordenamento jurídico português, não passa de uma **regra lógica, supletiva, e residual**<sup>(55)</sup>. **Em termos práticos, um desvio com aplicação excepcional.**

Entendemos frutuoso o reforço da obrigatoriedade do ato complementar ao contrato, enquanto ato necessário para a transmissão da propriedade (ato verdadeiramente causal ou real)<sup>(56)</sup>.

#### 4. Compra e venda com eficácia meramente obrigacional<sup>(57)</sup>

O direito português demonstra que, para além de uma necessidade, o contrato de compra e venda obrigacional, é uma inevitabilidade em termos de regime jurídico. Basta, atentarmos na transmissão de títulos de crédito em suporte papel — letras e livranças, ações, obrigações, conhecimentos de carga (...). Nestes casos, o efeito translativo do direito real depende de um ato posterior integrado (autónomo<sup>(58)</sup> ou não autónomo) que o vendedor (transmissante) se obriga a realizar (obrigação complementar): seja, a entrega do título ao comprador (transmissário ou depositário), se for o caso nos títulos ao portador e, adicionalmente, o endosso, nos títulos à

---

(55) No mesmo sentido, o acolhido pelo Autor FERREIRA DE ALMEIDA na obra citada (Transmissão contratual da propriedade — entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes”, Themis, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI, n.º 11, 2005, Coimbra: Almedina).

(56) *In ibidem*, pp. 16-17.

(57) *In ibidem*, pp. 12, 13, 14 e 15. E respetivas referências.

(58) **O ato é a causa única da atribuição patrimonial. Verifica-se na transmissão de direitos incorporados em títulos de crédito e em valores mobiliários.**

ordem, ou a declaração de transmissão, nos títulos nominativos<sup>(59)</sup>. Outros exemplos, designadamente, o registo constitutivo dos valores mobiliários escriturais<sup>(60)</sup> e equiparados, na ausência de documento bastante<sup>(61)</sup>, a venda de coisa alheia (embora com algumas reservas); os atos *convalidantes* do negócio (que promovam a legitimidade)<sup>(62)</sup>, na venda com reserva de propriedade o efeito translativo opera, apenas, perante um ato do transmitente (entrega da coisa ou registo da propriedade a favor do transmissário).

Na ausência da integração daqueles atos no contrato translativo, a transmissão não opera. O mesmo se passa quando o contrato ou o ato complementar forem, um ou outro, inválidos ou ineficazes. Todavia, sempre que haja um ato autónomo, a invalidade ou ineficácia não *“perturba diretamente a produção da eficácia transmissiva, decorrente apenas da validade e eficácia da tradição, da declaração de transmissão ou do registo”*. Aproximando-nos, assim, do sistema germânico da separação. *“A principal diferença de regime em relação aos modelos concorrentes incide sobre a mais forte proteção dos direitos de terceiros legitimados por aquisições sucessivas”*.

De facto, a doutrina portuguesa maioritária conserva o entendimento de que por força do art. 874.º, articulado com o art. 408.º, todos do CC, o contrato de compra e venda tem natureza real. A transmissão da coisa ou do direito têm como causa (“própria e única”) o contrato<sup>(63)</sup>.

Este entendimento, conforme podemos constatar, não se compadece com a natureza supletiva e residual do preceituado no art. 408.º do CC que, ao que se sabe, não tem carácter injuntivo. Na verdade, as

---

<sup>(59)</sup> Vide art. 11.º da Lei uniforme sobre letras e livranças; arts. 5.º, 14.º e ss da Lei uniforme sobre cheques; finalmente o n.º 1 do art. 101.º, e n.º 1 do art. 102.º do Código dos Valores mobiliários (de ora em diante CVM).

<sup>(60)</sup> As ações escriturais transmitem-se através do registo na conta do adquirente nos termos do n.º 1 do art. 80.º do CVM. O mesmo regime é aplicável às ações tituladas integradas em sistema centralizado, conforme o art. 105.º do mesmo código.

<sup>(61)</sup> Vide art. 67.º do CVM.

<sup>(62)</sup> Vide n.º 2 do art. 467.º do C. Comercial e o art. 897.º do CC.

<sup>(63)</sup> EIRÓ, VERA, «A transmissão de valores mobiliários — as ações em especial», Themis, Revista da faculdade de direito da UNL, ano VI, n.º 11, 2005, Coimbra: Almedina, p. 158.

partes dentro do espaço de liberdade permitida podem atribuir ao contrato de compra e venda eficácia meramente obrigacional.

Por outro lado, o Código Civil não se encontra juridicamente “configurado” para novas realidades, *ex maxime*, a transmissão de valores mobiliários, ainda que possamos considerá-las coisas móveis corpóreas. O próprio Código remete para outras disposições que consubstanciam desvios à regra da consensualidade, cf. art. 408.º do Código Civil.

Em especial, e no âmbito da aplicação do Código Comercial, o endosso exigido para a transmissão das ações tituladas nominativas, art. 483.º<sup>(64)</sup>.

Com o Código do Mercado dos Valores Mobiliários<sup>(65)</sup>, art. 89.º consagrou-se que a transmissão de títulos fungíveis depositados operava através do lançamento a débito na conta do transmitente e a crédito na conta do transmissário<sup>(66)</sup>. Entendemos que, somente, a concretização formal da operação nas contas consolida a posição jurídica do adquirente, independentemente do contrato subjacente.

Finalmente, o regime jurídico do Código dos Valores Mobiliários, em especial, os arts. 80.º e 101.º que determinam o regime aplicável à transmissão das ações, o qual institucionaliza de forma mais acentuada um sistema de transmissão avesso ao consensualismo contratual<sup>(67)</sup>.

---

<sup>(64)</sup> Em sentido contrário, VAZ SERRA entendia que este ato autónomo consubstanciava uma declaração de transmissão, e que esta resultava do contrato celebrado. *Vide* VAZ SERRA, ADRIANO, «Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 1972», *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, 3503 e 3504, Lisboa, pp. 215 ss.

<sup>(65)</sup> Decreto-Lei n.º 142-A/91 de 10 de Abril.

<sup>(66)</sup> Segundo PAULA COSTA E SILVA esta disposição refere-se, apenas, “às operações materiais que deverão ter lugar na sequência da celebração de um negócio translativo. Donde resulta que a transmissão dos valores não tem em conta os lançamentos previstos no art. 89.º/1, mas um negócio jurídico adequado à transmissão da titularidade dos valores”. COSTA E SILVA, PAULA, «A transmissão de valores mobiliários fora do mercado secundário», *in* AA VV Direito dos Valores Mobiliários Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 240. No mesmo sentido, a mesma autora, agora a propósito das ações escriturais, nos termos do art. 65.º do mesmo diploma, entende que “a causa da transmissão é o negócio subjacente e prévio aos lançamentos (...). Os efeitos substantivos da transmissão produzem-se por mero efeito do negócio”. *In ibidem*, p. 249.

<sup>(67)</sup> Mais adiante será desenvolvido.

O Código dos Valores Mobiliários (de ora em diante designado pela sigla CVM) concretiza uma adaptação em sede de valores mobiliários. Enfatiza, exaustivamente, uma dogmática especial em contraposição com as regras e princípios gerais do Código Civil, pelo que merecerá prioritária aplicação.

Nesta esteira, consolidamos o entendimento segundo o qual o contrato, em sede de transmissão de valores mobiliários, não possui natureza causal eficiente<sup>(68)</sup>, correspondendo, somente, a uma

---

(68) Como desvio a esta regra apresentamos, no entanto, a venda de valores mobiliários escriturais em mercado regulamentado. Que, de acordo com o preceituado no n.º 2 do art. 80.º do CVM, “*confere ao comprador, independentemente do registo e a partir da realização da operação, legitimidade para a sua venda nesse mercado*” (fundamental à eficácia translativa) (sublinhado nosso). Nesta situação e no caso de negociação em sistema de negociação multilateral, os direitos patrimoniais correspondentes pertencem ao transmissário desde a data da respetiva operação, cf. art. 210.º do CVM. No entanto, entendemos ainda assim estar perante um desvio ao consensualismo. De facto, e no limite, temos sempre associado à transmissão um verdadeiro sistema de controlo (próprio dos valores mobiliários) que desempenha uma função preventiva ainda mais forte e complexa que o suporte *cartular*, dirigindo-se, juridicamente, ao estado, quantidade, qualidade e regularidade dos valores, agora, desmaterializados. Constituindo, assim, os limites normativos a sua circulação, estabelecendo os níveis de circulação. Este sistema veio substituir a necessária intervenção *cartular* nas operações, constituindo um método que cumpre muito mais funções que as desempenhadas por aquele suporte documental (*ex maxime* a garantia de qualidade e segurança através da autenticidade *cartular* e das normas de segurança na construção documental e a adequação ao conteúdo pela ideia de literalidade). Sobre os sistemas de controlo, vide VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Sistemas de Controlo de Valores no Novo Código dos Valores Mobiliários*, in *Cadernos do Mercado de valores Mobiliários*, n.º 7, abril, 2000, *in passim*. Atente-se, mais uma vez, para o facto de a instantaneidade nas operações envolver mais riscos, implicando, necessariamente, maior segurança jurídica. Finalmente ressaltamos o seguinte caso anómalo, a aquisição a *non domino*. Nos termos do disposto no art. 58.º do CVM, estando nós perante um valor mobiliário, titulado ou escritural, geneticamente perfeito, adquirido segundo as regras de transmissão aplicadas, a ilegitimidade substancial do alienante não poderá ser oponível ao adquirente de boa-fé. O comando jurídico opera se estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a realização de uma operação translativa; o transmitente não ter legitimidade substancial para alienar; o transmitente ter um registo a seu favor (com base no qual operou a transmissão); o adquirente estar de boa-fé (tendo em linha de conta os estritos deveres de confidencialidade a que está adstrito o registo de valores mobiliários (art. 304.º, n.º 1 e art. 86.º) (vide COSTA E SILVA, PAULA, *Efeitos do Registo e Valores Mobiliários. A protecção conferida ao terceiro adquirente*, in *ROA*, ano 58, II, julho, 1998, p. 464) e o *modus operandi* do funcionamento do mercado, muito ágil e em constante mutação, não poderíamos exigir uma boa fé segundo critérios éticos estritos (que implicam deveres de cuidado e indagação segundo uma perspetiva paternalista vide CORDEIRO, MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coim-

causa final. Esta construção assemelha-se ao sistema de título e modo em vigor no ordenamento jurídico espanhol.

Da integração da compra e venda obrigacional com o ato causal complementar resulta a transmissão *in pleno* do valor mobiliário. Atente-se para o facto de a transmissão do mesmo pressupor a transmissão da posição jurídica causal inerente.

## 5. Objeto da transmissão: Das ações

Entendemos, por bem, adotar, no panorama nocional, uma postura *jus* valorativa de título e de valor transacionável, que, certamente, permitirá uma visão mais clara dos respetivos instrumentos e, conseqüentemente, do regime jurídico aplicável.

Acolhendo uma noção ampla de título de crédito ou de título de valor como suporte, diremos que este constitui a forma (materializável), ou expressão (inicial e final), necessário(a) à constituição, exercício e transmissão do direito literal e autónomo nele incorporado<sup>(69)</sup>. O *título de valor* inclui múltiplas realidades com formas, expressões e valias distintas. Inclusive, modos distintos de incorporação do direito a que o respetivo título atribuiu forma externa<sup>(70)</sup>.

---

bra: Almedina, 1984, pp. 407-660 e *in passim*) mas uma boa fê psicológica, permitindo a tutela sempre que o adquirente desconheça da ilegitimidade, ainda que não mova esforços no sentido de a confirmar [mesmo no caso de transmissão através de intermediário financeiro]). Neste sentido *vide* CÂMARA, PAULO, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 330-333. Resulta do exposto uma clara evidência de uma tutela do registo, tendo como desiderato fundamental a tutela do mercado, e não a tutela da aparência. Sobre esta temática *vide* o conteúdo explicativo. FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *Valores Mobiliários Escriturais. Um novo modo de representação e circulação de direitos*, Coimbra: Almedina, 1997, pp. 119-201, 322. GUILLERMO CABALLERO GERMAIN, *La adquisición a non domino de valores anotados en cuenta*, Madrid, 2010, pp. 135-223 e *in passim*. O reforço de tutela demarca os contornos do direito dos valores mobiliários, confirmando, consolidando, a nosso ver, o entendimento no que tange ao suposto desvio.

<sup>(69)</sup> “(O) documento necessário à constituição, exercício e transmissão do direito literal e autónomo nele incorporado. ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ A., *Os títulos de crédito — uma introdução*, Coimbra Editora, 2009, pp. 7-25 e respetivas referências.

<sup>(70)</sup> “A ideia de incorporação surgiu precisamente para exprimir a conexão apontada entre o documento e o direito”. *In ibidem*, pp. 14 e ss.

Decorre do conteúdo da noção que “(o) título desempenha uma função de legitimação do possuidor”<sup>(71)</sup>. Consequentemente, a inseparabilidade do direito relativamente ao respetivo título<sup>(72)</sup>, não obstante a titularidade do mesmo, enquanto corolário fundamental do princípio da incorporação ou imanência, que traduz a intrínseca ligação entre o direito e a respetiva *cartula*, ou melhor, a sua correspondente expressão física, enquanto instrumento de legitimação, mais evidenciado nos títulos que têm correspondência com o próprio valor que lhes dá conteúdo jurídico. Ex: letras, livranças, cheques, *títulos valor*. Caso sejam ao portador, atente-se ao amplo grau de circulabilidade<sup>(73)</sup>.

**O carácter, intrinsecamente, jurígeno do título original inviabiliza a transmissão sempre que este, porque fora extraviado ou destruído ou porque não se encontra na disponibilidade do transmitente, não consubstancie o objeto da relação jurídica translativa ou o ato ou atos que de facto e de direito cominam com a transmissão.**

Incidindo o nosso estudo sobre bens jurídicos próprios e complexos, os valores mobiliários, e correspondentes posições jurídicas, urge definir valor negociável ou transacionável. Assume esta qualidade, se conferente de posição(ões) jurídica(s) simples ou creditícia(s) e complexa(s), quando constituído por representações, escriturais ou em títulos (consoante se assuma esta dicotomia, ou somente títulos de forma a abranger as duas realidades), suscetíveis de avaliação e conversão pecuniárias.

O CVM enuncia uma lista de valores mobiliários conferentes de posições jurídicas complexas, que possuem uma autonomia dogmática, um regime jurídico próprio. Assim, e nos termos do art. 1.º, o legislador apresenta-nos: *a)* as ações; *b)* as obrigações; *c)* os títulos de participação; *d)* as unidades de participação em ins-

---

(71) CORREIA, FERRER, *Lições de Direito Comercial, Vol. III, Letra de Câmbio*, Universidade de Coimbra, 1975 (edição policopiada), pp. 4 e ss. Atente-se para o facto de, para além do instrumento de legitimação, ser necessário, salvo nos títulos de valor ao portador, a comprovação da posição jurídica.

(72) O direito adere ao título.

(73) *Vide in ibidem*.

tituições de investimento coletivo; e) os *warrants* autónomos; f) os direitos destacados dos valores mobiliários referidos nas alíneas a) a d)<sup>(74)</sup>, desde que o destaque abranja toda a emissão ou série ou esteja previsto no ato de emissão; g) outros documentos representativos de situações jurídicas homogêneas, desde que sejam suscetíveis de transmissão em mercado”<sup>(75)</sup>.

Decorre do exposto, que o legislador procurou elencar — socorrendo-se de uma cláusula aberta — os valores mobiliários típicos, admitindo, a par destes, outros valores mobiliários, resultantes da autonomia privada, falamos os inominados (tipos mistos)<sup>(76)</sup> e dos atípicos<sup>(77/78)</sup>.

---

(74) A par dos certificados (regulamento CMVM n.º 7/2002, de 24 de Maio), os valores mobiliários convertíveis (regulamento CMVM n.º 15/2002, de 21 de Novembro) e os valores mobiliários condicionados por eventos de crédito (regulamento CMVM n.º 16/2002, de 21 de Novembro). Constituem o leque de valores mobiliários típicos, porque expressamente previsto na lei, nos termos do art. 1.º, n.º 2 do CC. Lembre-se, porém, que se trata de um leque de conteúdo aberto.

(75) Partindo da noção que se infere do CVM. “(V)alores negociáveis, titulados ou escriturais, emitidos por entidades públicas ou privadas em conjuntos homogêneos que conferem aos seus titulares direitos idênticos e suscetíveis de negociação em mercado organizado, por um preço que pode ser diferente do seu valor nominal”. PINTO FURTADO, JORGE HENRIQUE DA CRUZ, *Titulos de Crédito — Letra; Livrança; Cheque*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 12. Em termos comparativos, vide definição da lei francesa de 23 de dezembro de 1998: *consideram-se valores mobiliários, para os efeitos da presente lei, os títulos emitidos por pessoas coletivas públicas ou privadas, transmissíveis por inscrição em conta ou por tradição, que conferem direitos idênticos por categoria e dão acesso, direta ou indiretamente, a uma participação no capital da pessoa coletiva emissora ou a um direito de crédito geral sobre o seu património*. No mesmo sentido de Pinto Furtado, vide ENGÁCIA ANTUNES, JOSÉ A., «Os valores mobiliários: conceito, espécies e regime jurídico» Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, vol. 5, 2008, Coimbra: Coimbra Editora, 87-142, pp. 87-91. “*Instrumentos financeiros representados num título ou registo em conta, que consubstanciam posições jurídicas homogêneas e fungíveis e são negociáveis em mercado organizado*”. E respetivas referências. Apresentando como elementos fundamentais: *representabilidade, homogeneidade e fungibilidade, e negociabilidade*.

(76) Resultantes da combinação de valores mobiliários típicos.

(77) Valores mobiliários totalmente novos. Tais como: certificados de participação; títulos de fruição.

(78) Sobre a temática, vide VASCONCELOS, P. P., «O Problema da Tipicidade dos Valores Mobiliários», in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, Vol. III, 61-72, Coimbra: Coimbra Editora, 2001; BAPTISTA, D. F., «O Princípio da tipicidade e os Valores Mobiliários» 87-121, in: AAVV, “Jornadas sobre Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e

### **Cingindo-nos à temática das ações:**

A transmissibilidade das ações têm sido acolhida, claramente, como fundamento essencial da sua existência (traduz, intrinsecamente, uma função social<sup>(79/80)</sup>), no entanto, como iremos constatar, não se revela como obrigatório, visto existirem condicionalismos / / imposições legislativas ou comandos jurídicos de autonomia negocial.

As ações são valores mobiliários, emitidos por sociedades anónimas, representativos da participação social ou “socialidade” do acionista<sup>(81)</sup>. E nascem para a realidade jurídico económica e financeira por emissão e subscrição<sup>(82)</sup>.

A emissão corresponde ao ato decisório, através do qual uma sociedade cria os respetivos valores mobiliários. Podendo, também, promover a sua constituição através do respetivo registo, quando as ações não forem tituladas, conforme o disposto nos arts. 61.º e ss. do CVM.

A subscrição é promovida pelo acionista quando este concretiza juridicamente a vontade de aquisição originária da titularidade de uma ou mais ações.

A ação, enquanto participação social, corporiza uma situação jurídica complexa, define a amplitude de um *status* jurídico, constituído por posições ativas de natureza patrimonial ou corporativa,

---

Intermediação Financeira”, Coimbra: Almedina, 2006. Sob a égide do princípio geral de liberdade de criação, marcado, cada vez mais, pela diversificação dos valores mobiliários. Vide. BONNEAU, Thierry, «La Diversification des Valeurs Mobilières — Ses Implications en Droit Commercial», in: A. 41, (4) «Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique », Paris, Octobre-Décembre 1988, pp. 535-607.

<sup>(79)</sup> Sobre a ação como título de investimento, vide LABAREDA, JOÃO, *Das ações das sociedades anónimas*, AAFDL, Lisboa, 1988, pp. 228 e ss.

<sup>(80)</sup> Podemos falar, numa transmissibilidade *funcional ou operativa*, ideia intrinsecamente relacionada com o principal motivo que moveu a aquisição, o lucro. Trata-se assim de um investimento para um certo desiderato lucrativo.

<sup>(81)</sup> Vide MARTINS, A. S., *Valores Mobiliários (Ações)*, Coimbra: Almedina: 2003; ASCENÇÃO, J. O., «As ações», in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, Vol. II, pp. 57-90, Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Vide, também, LABAREDA, J., *Das Ações das Sociedades Anónimas*, AAFDL, Lisboa, 1988.

<sup>(82)</sup> Podendo ser, até à sua extinção, objeto de titularidade, transmissão, oneração ou execução.

e posições passivas, o grau de participação social numa empresa, habilitando o seu titular para o exercício dos direitos sociais inerentes<sup>(83)</sup>.

O *corpus mechanicum* da ação possibilita “a transmissão desse acervo de direitos com a entrega do seu suporte material e sem os requisitos da cessão de créditos”<sup>(84/85)</sup>.

Enquanto valor mobiliário “integra-se em conjuntos homogêneos que conferem aos seus titulares direitos idênticos, como referia no art. 3.º-1, al. a), do revogado CMVM”; acrescentava que era “(...) suscetível de negociação num mercado organizado e de uma cotação ou preço, que podem ser diferentes do seu valor nominal”; podia ser titulada (ao portador ou nominativa) ou “simplesmente escritural”<sup>(86)</sup>, era indivisível ou *infracionável* (cf. n.º 4 do art. 276.º do CSC)<sup>(87)</sup>; finalmente, agrupável, *ex máximo*, para o exercício de direitos sociais, (cf. n.º 5 do art. 379.º do CSC).

As ações tituladas nominativas, enquanto título (**suporte documental clássico ou tradicional**), são endereçadas pelo emiteente a uma pessoa determinada e apresentam um regime de circulação particularmente complexo, “exigindo a intervenção do emiteente do título e do seu titular.” Em jeito de comparação, os títulos à ordem (títulos valor) que diferem daqueles quanto ao *modus* de circulação. Circulam mediante declaração assinada pelo titular (endosso) — *exs*: letra (n.º 1 do art. 11.º, da LULL<sup>(88)</sup>); livrança

<sup>(83)</sup> Não partilhamos do entendimento de que se trata de uma mera posição contratual. Aliás, salvo numa visão amplíssima do conceito, apresenta um âmbito notional limitado e estático, não acompanhando o dinamismo — jurídico e económico — institucional essencial à otimização do funcionamento da estrutura jurídica empresarial.

<sup>(84)</sup> PINTO FURTADO, J. H. (...), *ob. cit.*, pp. 9-12. E respetivas referências.

<sup>(85)</sup> Como fundamento à transmissão podemos vislumbrar diversos tipos contratuais, com naturezas diversas (onerosos ou gratuitos), em circunstâncias várias (transmissões *inter vivos* ou *mortis causa*; definitivas e temporárias), com graus de complexidade maiores ou menores, envolvendo múltiplos aspetos que nesta sede não poderíamos explorar convenientemente.

<sup>(86)</sup> *In ibidem*. E respetivas referências.

<sup>(87)</sup> Não podemos confundir: com os títulos constituídos por mais de uma ação (cf. al. b), do n.º 1 do art. 97.º do CVM) desdobráveis em títulos com um menor número de ações; com a impossibilidade de uma ação ter mais do que um titular (cf. art. 303.º do CSC) [...].

<sup>(88)</sup> Lei uniforme sobre as letras e as livranças.

(n.º 2 do art. 77.º da LULL); conhecimentos de depósito (art. 411.º do C. Com). Finalmente, os títulos ao portador (títulos valor), diferem dos restantes, pelo facto de não identificarem um titular. A posse define, flagrantemente, a titularidade, estando, por efeito disso, a circulação dependente da *traditio* — será o caso das ações (ao portador) não depositadas (1.ª parte do n.º 1 do art. 101.º do CVM)<sup>(89)</sup> e das notas de banco<sup>(90)</sup>.

**Aplica-se à transmissão das ações — tituladas: nominativas ou ao portador — quando integradas em sistema centralizado, o disposto para as ações escriturais integradas em sistema centralizado (arts. 99.º, 105.º do CVM). Nestes casos, as ações circulam — como os escriturais -dentro do sistema através das transferências (art. 71.º do CVM), as vicissitudes dos valores (art. 68.º, n.º do CVM) ocorrem através do sistema e a legitimação decorre do próprio sistema (arts. 74.º e 78.º do CVM).**

**Aspetto que merece, sem dúvida, a nossa especial atenção, pois, ao que parece, promana do CVM um princípio de relativa irrelevância da forma de representação, isto é, independentemente da natureza jurídica do valor mobiliário e correspondentemente forma de representação o que releva para efeitos de regime aplicável é se os respetivos valores estão ou não integrados em sistema centralizado<sup>(91)</sup>.**

**Para ações fora do sistema centralizado aplicam-se os seguintes normativos:**

Nos termos do n.º 1 do art. 102.º do CVM, a transmissão das ações (tituladas) nominativas de uma sociedade anónima, carece, necessariamente, de declaração expressa a favor do adquirente

---

<sup>(89)</sup> Se depositados em intermediário financeiro (não integrados em sistema centralizado) transmitem-se pela entrega do título ao depositário ou por movimentação de registo, se o depositário também for depositário do alienante, cf. fim da 2.ª parte do n.º 1 e o n.º 2, art. 101.º do CVM.

<sup>(90)</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ A., *ob. cit.*, p. 29.

<sup>(91)</sup> Neste sentido, VIDAL, ISABEL, «Da (ir)relevância da forma de representação para efeitos da transmissão de valores mobiliários», Cadernos MVM n.º 15 (2002), 287-316. Sobre o sistema centralizado, *vide* VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, «O incumprimento do dever de partidas dobradas nos sistemas de controlo dos valores mobiliários», Cadernos MVM 15 (2002), pp. 167-172.

(endosso), exarada por escrito no título e registada junto da sociedade emitente ou de intermediário financeiro que a represente. A transmissão opera os seus efeitos típicos a partir da data da apresentação do requerimento de registo — que é gratuito cf. n.º 6 do art. 102.º CVM — à sociedade emitente (n.º 5 do art. 102.º do CVM)<sup>(92)</sup>.

O art. 102.º do CVM, nos seus n.ºs 2 e 3, densifica por quem deverá ser realizada a declaração de transmissão. Respetivamente, e *inter-vivos* — a) **pelo depositário, nos valores mobiliários em depósito não centralizado, que lavra igualmente o respectivo registo na conta do transmissário**; b) **pelo funcionário judicial competente, quando a transmissão dos valores mobiliários resulte de sentença ou de venda judicial**; c) **pelo transmitente, em qualquer outra situação** — e *mortis causa* — a) **havendo partilha judicial, nos termos da alínea b) do número anterior**; b) **nos restantes casos, pelo cabeça-de-casal ou pelo notário que lavrou a escritura de partilha**. No n.º 4 do mesmo artigo o legislador confere às entidades referidas nos n.ºs 2 e 3 legitimidade para requerer o correspondente registo junto da entidade emitente<sup>(93)</sup>.

Conforme o disposto no n.º 1 do art. 101.º do CVM, as ações (tituladas) ao portador transmitem-se *por entrega do título ao adquirente ou ao depositário por ele indicado*.

Todavia, *se os títulos já se encontrarem depositados no depositário indicado pelo adquirente, a transmissão efetua-se por registo na conta deste, dando-se como produzidos os efeitos jurídicos típicos na data do requerimento do registo* (n.º 2 do art. 101.º do CVM).

À luz do n.º 1 do art. 80.º do CVM, as ações escriturais (qualquer modalidade) transmitem-se pelo registo na conta do adquirente, **constituindo este o suporte (materializável) de legitimação**. Por sua vez, a inscrição nas contas do registo é concretizada, tendo por base ordem escrita *ou em documento bastante para a*

---

<sup>(92)</sup> Nos termos do n.º 7 do art. 102 “(o) emitente não pode, para qualquer efeito, opor ao interessado a falta de realização de um registo que devesse ter efectuado nos termos dos números anteriores”.

<sup>(93)</sup> Sublinhado e negrito nossos.

*prova do facto a registrar* do alienante. Assim, a transmissão está dependente de um ato subsequente ao negócio, **o documento subscrito pelo transmitente**, ressaltando a simplicidade e anonimato, essenciais, à sua natureza.

Razões de certeza e de segurança jurídica levaram o legislador — principalmente para a transmissão de ações fora do mercado regulamentado — a exigir, para além de formas específicas e especiais<sup>(94)</sup>, atos complementares (também designados por formalidades essenciais ou com natureza constitutiva)<sup>(95)</sup> causais, constitutivos, de uma nova posição jurídica que teve origem no negócio jurídico subjacente à transmissão<sup>(96)</sup>.

A conclusão de um contrato, típico ou atípico, com a realização dos respetivos atos complementares translativos da titularidade do direito sobre uma ação, opera uma modificação subjetiva na relação jurídica relativa ao documento representativo e, em simultâneo, nos direitos ou posições jurídicas inerentes.

Este entendimento consolida a ideia da aderência do direito ao respetivo suporte de legitimação<sup>(97)</sup>. Aliás, “(n)ão há um direito ou uma posição jurídica que tenha surgido com a ação e que seja ulterior à posição jurídica causal”<sup>(98)</sup>.

---

<sup>(94)</sup> Ofertas públicas de transmissão de ações, nas operações em massa; oferta pública de aquisição de ações (OPA) — na qual uma entidade, seja ela singular ou coletiva, se propõe adquirir dos acionistas — ou aos titulares de uma determinada categoria de ações - as suas ações, com a faculdade de condicionar a oferta à aceitação por titulares de um conjunto mínimo de ações ou restringi-la a um número máximo de ações; Ofertas públicas de venda [dentro das ofertas de distribuição] (OPV) — na qual um determinado acionista coloca à venda, no mercado (secundário), uma participação societária substancial. *Vide* OLAVO CUNHA, PAULO, *Direito das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 403-404.

<sup>(95)</sup> A nosso ver incorretamente, ainda que *ad substância*, atente-se à natureza intencionalmente causal dos mesmos.

<sup>(96)</sup> As ações (tituladas) ao portador transmitem-se por entrega do título ao adquirente ou ao depositário por ele indicado (n.º 1 do art. 101.º do CVM); as ações escriturais transmitem-se pelo registo na conta do adquirente (n.º 1 do art. 80.º do CVM).

<sup>(97)</sup> Situação mais flagrante, pelo menos em termos figurativos, nas ações tituladas ao portador.

<sup>(98)</sup> VERA EIRÓ, *ob. cit.*, p. 163. E as referências do autor. Entendimento diferente carece de qualquer sentido prático. *In ibidem*, pp. 163-165. E as referências do autor.

## 6. Limites legais e convencionais à transmissão das ações<sup>(99/100)</sup>

### Nota introdutória

Conforme pudemos constatar, diversos podem ser os motivos que podem levar o legislador, por um lado, a restringir o campo de liberdade funcional dos operadores negociais, através da criação de comandos jurídicos autónomos, por outro lado, a permitir, em termos particulares, aos mesmos operadores delimitar os efeitos jurídicos das respetivas operações.

Tendo como fundamento valores e princípios estruturais, tais como, o princípio da segurança jurídica dos operadores no tráfico jurídico, o princípio da estabilidade das relações jurídicas. Como razões de ordem prática, tendo por base o princípio da adequação, dirigidas a uma ideia de equidade formal e justiça material.

### 6.1. Limites legais

O legislador, por razões de política legislativa, procurando a idoneidade do potencial transmissário, pode restringir a transmissibilidade das ações, veja-se, a título exemplificativo, as aquisições de participações *qualificadas* em instituições de crédito (ou sociedades financeiras), quando sujeitas à oposição do Banco de Portugal, ou, atentando à natureza *intuitu personae* de algumas ações, limitações que advêm, necessariamente, da identidade do adquirente. É o caso das ações próprias, arts. 316.º, n.º 1<sup>(101)</sup> e 317.º do CSC<sup>(102/103)</sup>.

---

<sup>(99)</sup> Vide OLAVO CUNHA, PAULO, *ob cit.*, p. 405.

<sup>(100)</sup> Sobre os efeitos jurídicos das limitações à transmissão ver VEIGA ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Transmissão de Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 177 ss.

<sup>(101)</sup> Cf. “Art.º 316.º (Subscrição. Intervenção de terceiros). 1 — Uma sociedade não pode subscrever ações próprias, e, por outra causa, só pode adquirir e deter ações próprias nos casos e nas condições previstos na lei. 2 — Uma sociedade não pode encarregar outrem de, em nome deste mas por conta da sociedade, subscrever ou adquirir ações dela própria. 3 — As ações subscritas ou adquiridas com violação do disposto no número anterior pertencem para todos os efeitos, incluindo a obrigação de as liberar, à pessoa que as subscreveu ou adquiriu. 4 — A sociedade não pode renunciar ao reembolso

## 6.2. Limites convencionais

As limitações podem apresentar uma de duas naturezas quanto à sua eficácia: real ou meramente obrigacional. As primeiras resultam diretamente do contrato de sociedade. Saliente-se que, apenas, as ações nominativas podem ser objeto dessas restrições, e nestes termos, de acordo com o regime jurídico vertido nos arts. 328.º, n.º 2<sup>(104)</sup> do CSC e ss.; as segundas, resultam de acordos

---

*das importâncias que tenha adiantado a alguém para o fim mencionado no n.º 2 nem deixar de proceder com toda a diligência para que tal reembolso se efective. 5 — Sem prejuízo da sua responsabilidade, nos termos gerais, os administradores intervenientes nas operações proibidas pelo n.º 2 são pessoal e solidariamente responsáveis pela liberação das ações. 6 — São nulos os actos pelos quais uma sociedade adquira ações referidas no n.º 2 às pessoas ali mencionadas, excepto em execução de crédito e se o devedor não tiver outros bens suficientes. 7 — Consideram-se suspensos os direitos inerentes às ações subscritas por terceiro por conta da sociedade em violação deste preceito, enquanto não forem por ele cumpridas as obrigações de reembolso da sociedade e de restituição das quantias pagas pelos administradores para a sua liberação.”*

<sup>(102)</sup> Cf. “art. 317.º (Casos de aquisição lícita de ações próprias). 1 — O contrato de sociedade pode proibir totalmente a aquisição de ações próprias ou reduzir os casos em que ela é permitida por esta lei. 2 — Salvo o disposto no número seguinte e noutros preceitos legais, uma sociedade não pode adquirir e deter ações próprias representativas de mais de 10% do seu capital. 3 — Uma sociedade pode adquirir ações próprias que ultrapassem o montante estabelecido no número anterior quando: a) A aquisição resulte do cumprimento pela sociedade de disposições da lei; b) A aquisição vise executar uma deliberação de redução de capital; c) Seja adquirido um património, a título universal; d) A aquisição seja feita a título gratuito; e) A aquisição seja feita em processo executivo para cobrança de dívidas de terceiros ou por transacção em acção declarativa proposta para o mesmo fim; f) A aquisição decorra de processo estabelecido na lei ou no contrato de sociedade para a falta de liberação de ações pelos seus subscritores. 4 — Como contrapartida da aquisição de ações próprias, uma sociedade só pode entregar bens que, nos termos dos arts. 32.º e 33.º, possam ser distribuídos aos sócios, devendo o valor dos bens distribuíveis ser; pelo menos, igual ao dobro do valor a pagar por elas”.

<sup>(103)</sup> A oneração de participações sociais constitui um obstáculo à respetiva transmissão (cf. art. 23.º do CSC).

<sup>(104)</sup> Cf. “art. 328.º (Limitações à transmissão de ações). 1 — O contrato de sociedade não pode excluir a transmissibilidade das ações nem limitá-la além do que a lei permitir. 2 — O contrato de sociedade pode: a) Subordinar a transmissão das ações nominativas ao consentimento da sociedade; b) Estabelecer um direito de preferência dos outros accionistas e as condições do respectivo exercício, no caso de alienação de ações nominativas; c) Subordinar a transmissão de ações nominativas e a constituição de penhor ou usufruto sobre elas à existência de determinados requisitos, subjectivos ou objectivos, que estejam de acordo com o interesse social. 3 — As limitações previstas no

particulares celebrados entre acionistas (acordos *parassociais*). A título de exemplo: os pactos de preferência convencional extra estatutário a favor de terceiro ou de algum dos sócios; a convenção através da qual é atribuída a um sócio a faculdade de acompanhar uma hipotética venda de participações sociais, estendendo-se àquela todo o processo desta aquisição<sup>(105)</sup>.

### **7. Da destruição ou extravio de títulos nominativos versus transmissão: A recuperação dos títulos nominativos: a reconstituição, a conversão e a reforma judicial**

Decorre do anteriormente exposto, que os títulos corporizam determinadas posições jurídicas de índole económica e/ou financeira, simples ou complexas. Consubstanciando, o suporte/instrumento à constituição, exercício e respetiva transmissão. O título medeia a relação social com o direito que de si promana ou, simplesmente, reflete.

**Sempre que, em virtude de destruição (parcial ou total), o título deixe de reunir as qualidades essenciais à sua função, ou no caso de efetiva perda do título, o suporte/instrumento, ou em termos figurativos, o canal conducente à mediação esvai-se. Por efeito, dá-se por, obstaculizada, em absoluto, a realização de quaisquer atos dos acima mencionados.**

---

*número anterior só podem ser introduzidas por alteração do contrato de sociedade com o consentimento de todos os accionistas cujas acções sejam por elas afectadas, mas podem ser atenuadas ou extintas mediante alteração do contrato, nos termos gerais; as limitações podem respeitar apenas a acções correspondentes a certo aumento de capital, contanto que sejam deliberadas simultaneamente com este. 4 — As cláusulas previstas neste artigo devem ser transcritas nos títulos ou nas contas de registo das acções, sob pena de serem inoponíveis a adquirentes de boa fé. 5 — As cláusulas previstas nas alíneas a) e c) do n.º 2 não podem ser invocadas em processo executivo ou de liquidação de patrimónios”.*

<sup>(105)</sup> Para mais desenvolvimentos sobre os limites convencionais, TOMÉ, MARIA JOÃO CARREIRO VAZ, “Algumas notas sobre as restrições contratuais à livre transmissão de ações”, in *Direito e Justiça*, 4-5 de 1990/1991, Lisboa.

A destruição ou extravio do título não afeta, em princípio, o direito subjacente<sup>(106)</sup>. O direito permanece intacto<sup>(107)</sup>, todavia, esvaziado das suas fundamentais faculdades, ou seja, o direito não se extingue, no entanto, não pode ser exercido, o que, em termos práticos, redundará na impossibilidade do seu exercício.

Parafraseando FERRER CORREIA “*o que não pode é tornar-se efetivo sem outra carta, em que de novo se incorpore; sem outra carta que seja como que um prolongamento ou uma segunda via da primeira, um seu duplicado*”<sup>(108)</sup>.

Outra solução, permitiria a livre circulação de títulos originais, com títulos, denominados de segundas vias, sobre os mesmos valores e respetivos direitos. Frustrando, assim, a confiança e segurança jurídicas no tráfico jurídico dos valores negociáveis, principalmente, aqueles que revelam um amplo grau de circulação.

O princípio da legitimação, em caso de perda ou destruição do título, determinará sempre a necessidade de identificar o legítimo possuidor do título antes da ocorrência. Não esqueçamos que o direito inscrito no título fica suspenso.

Porém, admite-se, a reconstituição (um novo mecanismo)<sup>(109)</sup>, a conversão e a reforma de títulos nominativos e à ordem, mas não daqueles outros ao portador.

Admite-se a razoabilidade do regime anunciado em virtude das legítimas expectativas de terceiros de boa-fé, possuidores do título. Ferrer Correia acrescenta mesmo “(...) um sacrifício injustificável do subscritor, que seria obrigado a pagar duas vezes”<sup>(110)</sup>.

Nos termos do art. 51.º do CVM, os “valores mobiliários titulados ou escriturais depositados, podem, em caso de destruição ou

<sup>(106)</sup> Situação diferente e a título de exemplo: os *títulos valor* [ex: cheques, letras de favor] quando não possa ser feita prova da relação jurídica causal.

<sup>(107)</sup> “O direito (subjacente) não se esgota com a representação. Por isso sobrevive à própria destruição do papel”. ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Valor Mobiliário e Título de Crédito*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 56, III, Dezembro 1996, p. 36.

<sup>(108)</sup> CORREIA, FERRER, *ob. cit.*, p.15 (negrito nosso).

<sup>(109)</sup> *Vide VIDAL, ISABEL «Da (ir)relevância da forma de representação para efeitos da transmissão de valores mobiliários», ob. cit.*, p. 294.

<sup>(110)</sup> CORREIA, FERRER, *ob. cit.*, p.16.

perda, ser reconstituídos a partir dos documentos e registos de segurança disponíveis”.

De acordo com o normativo, a reconstituição extrajudicial opera quer para valores mobiliários titulados, quer para escriturais, visto ter aplicação, respetivamente, em caso de destruição física dos documentos em suporte papel ou quando se verifica uma perda ou dano do registo informático onde consta representado o respetivo valor<sup>(111)</sup>.

No caso dos valores mobiliários titulados o normativo circunscreve esta possibilidade aos que se encontram depositados, já, no que tange aos escriturais, esta possibilidade liga-se, intrinsecamente, “à necessidade de os intermediários financeiros que procedem ao registo de valores terem cópias de segurança dos registos informáticos para que, havendo falha informática que leve à destruição de dados, a reconstituição do registo de titularidade seja feita com base nessas cópias de segurança”<sup>(112)</sup>.

Assim, e circunscrevendo o âmbito abstrato do normativo, o legislador opera, no fundo, uma cisão preliminar dos valores mobiliários, a considerar: os não depositados em intermediário financeiro (seja fora de intermediário financeiro ou guardados por este com contrato de aluguer de cofre) e os restantes valores mobiliários integrados em sistema. Aqueles obedecerão ao regime jurídico da reforma judicial de títulos e todos estes ao preceituado no art. 51.º, do CVM.

A figura do intermediário financeiro assume, nos dias de hoje, uma importância fulcral na otimização do funcionamento do mercado.

Perante “a crescente sofisticação dos mercados e instrumentos financeiros, os intermediários financeiros apresentam-se como elementos coadjuvantes decisivos na tomada de decisões esclarecidas de investimento: avultam, a este propósito, os deveres de informa-

---

<sup>(111)</sup> Segundo PAOLO SPADA esta última situação configura uma nula probabilidade de verificação. *La circolazione della “ricchezza assente” alla fine del millennio (riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)*, in Banca Borsa, 1999, 4, p. 417.

<sup>(112)</sup> CÂMARA, PAULO, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, ob. cit., p. 181.

ção ao cliente e o dever de adequação dos intermediários”<sup>(113)</sup>. Por outro lado, “o acesso aos mercados e sistemas de negociação multilateral é necessariamente intermediado (art. 206.º, n.º 1 [do CVM]), o mesmo sucedendo com o acesso aos sistemas de liquidação (art. 267.º [do CVM]): a transmissão de ordem relativa a instrumentos financeiros faz-se, assim, necessariamente perante intermediário financeiro habilitado à sua recepção e/ou execução (arts. 290.º, n.º 1, *a*) e 325.º, n.º 1 [do CVM]).” Finalmente, a propósito do tema em análise, como já pudemos constatar, os intermediários financeiros acabam por estar intrinsecamente ligados à própria organização e exercício da titularidade mobiliária, com a prestação de serviços de registo e depósito relativos a valores mobiliários (arts. 291.º, *a*) e 325.º, n.º 1 [do CVM])”<sup>(114)</sup>.

### **Sobre o *modus operandi* da reconstituição da forma de representação:**

Esta é efetuada extrajudicialmente pela entidade que tem a seu cargo o registo ou o depósito dos respetivos valores mobiliários, em colaboração com o emitente, cf. art. 51.º, n.º 2, do CVM.

A sua efetivação é precedida “*de uma prévia e ampla divulgação e comunicação do respetivo projeto*”, respetivamente: 45 dias antes da reconstituição; sendo publicado e comunicado a cada presumível titular, art. 51.º, n.º 3, do CVM. Permitindo assim que qualquer interessado, após a publicação e a comunicação, possa deduzir oposição à reconstituição, inclusive requerer a reforma judicial dos valores mobiliários perdidos ou destruídos, cf. art. 51.º, n.º 4<sup>(115)</sup>.

---

<sup>(113)</sup> Sobre os deveres do intermediário financeiro, *vide* SANTOS, GONÇALO CASTILHO DOS, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro perante o Cliente*, Coimbra, 2008, pp. 71-187. TEIXEIRA, FILIPE CANABARRO, *Os Deveres de informação dos intermediários financeiros em relação aos seus clientes e sua responsabilidade civil*, Cad. MVM, n.º 31, 2008, pp. 50-87. Sobre a natureza empresarial dos contratos de intermediação financeira, *vide* ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ A., *Contratos Comerciais. Noções Fundamentais*, Vol. Especial Direito e Justiça, 2007, pp. 25, 73-74.

<sup>(114)</sup> CÂMARA, PAULO, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, *ob. cit.*, p. 345.

<sup>(115)</sup> *Vide* VIDAL, ISABEL, «Da (ir)relevância da forma de representação para efeitos da transmissão de valores mobiliários», *ob. cit.*, p. 294.

Para o caso especial dos valores mobiliários titulados integrados — “obrigatória ou voluntariamente” — em sistema centralizado de valores e que circulam mediante registos em conta, por aplicação do art. 105.º, do CVM<sup>(116)</sup>. “Sempre que *todos os títulos em depósito centralizado sejam* [“à margem da vontade do emitente”] *destruídos, sem que os correspondentes registos tenham sido (afetados), consideram-se os mesmos convertidos* [automaticamente] *em valores mobiliários*” com forma de representação escritural (conversão legal da forma, de titulada para escritural)<sup>(117/118)</sup>. O mesmo não se passa se, “*no prazo de 90 dias após a comunicação da entidade gestora do sistema de depósito centralizado*”, o emitente “*requerer a reforma judicial*”, cf. n.º 5 do art. 51.º CVM. Cujo processo segue termos de acordo com o previsto para o processo especial da reforma de documentos<sup>(119)</sup> disciplinado pelo conteúdo do disposto nos arts. 1069.º e seguintes do Código de Processo Civil, com as necessárias adaptações, cf. n.º 6 do art. 51.º do CVM.

O mecanismo de conversão (legal) automática corresponde a uma solução de índole substancialmente prática, já que à circulação daqueles valores era já aplicável o regime jurídico dos valores mobiliários escriturais (art. 105.º). Por outro lado trata-se de um regime de natureza atípica, já que a iniciativa não pertence à entidade emitente, como se verifica no regime previsto no art. 48.º<sup>(120)</sup>,

---

<sup>(116)</sup> *In ibidem.*

<sup>(117)</sup> Em vez de se proceder à recuperação da forma inicial do título, a forma titulada.

<sup>(118)</sup> O mesmo raciocínio aplica-se, *mutatis mutandis*, à parcela de títulos em sistema centralizado, no caso de haver, também, títulos fora desse sistema.

<sup>(119)</sup> A Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação n.º 36/2013, de 12 de agosto, que aprova o novo Código de Processo Civil (CPC), revoga o Decreto-Lei n.º 44129, de 28 de dezembro de 1961 (al. a), art. 4.º) e entra em vigor a partir do dia 1 de setembro de 2013 (art. 8.º). **O diploma extingue o processo especial da reforma de documentos, autos e livros. Mais adiante exporemos o regime jurídico que entendemos figurável neste contexto.**

<sup>(120)</sup> “1 — *Salvo proibição legal ou estatutária, o emitente pode decidir a conversão dos valores mobiliários quanto à sua forma de representação, estabelecendo para o efeito um prazo razoável, não superior a um ano. 2 — A decisão de conversão é objecto de publicação. 3 — Os custos da conversão são suportados pelo emitente*”.

não obstante, por aplicação do princípio do contraditório, ser-lhe facultada a possibilidade de se opor à conversão<sup>(121)</sup>.

Entendemos, **que o normativo constante do conteúdo do n.º 5 do art. 51.º do CVM**, no que tange à livre faculdade cometida à discricionariedade do emitente de socorrer-se do instituto da reforma judicial dos títulos, como forma de oposição à conversão automática, **deverá assegurar a tutela, necessária, dos interesses legítimos e emergentes de outros sujeitos, diga-se o titular, herdeiros ou mesmo credores interessados, aproveitando o prazo de 90 dias a qualquer interessado.**

O regime da conversão automática de títulos, não obstante manter a coerência dogmática entre os diversos preceitos legais *intrassistemáticos* e o ordenamento jurídico global, trata-se, de facto, de um instrumento ou mecanismo legal cuja configuração operativa colide, nos pilares estruturantes, com o princípio da autonomia privada, nomeadamente, a vontade funcional dos operadores do mercado, todavia, enquanto comando jurídico autónomo, entre outros, cumpre um desiderato específico, a concretização, efetiva, do princípio da segurança jurídica dos operadores no tráfico jurídico (emitente e titular), em particular, as legítimas expectativas dos credores, ademais, promove a estabilização das relações jurídicas, entenda-se numa acessão ampla, estados ou posições jurídicas face aos diversos sujeitos e coisas no plano material e jurídico. Por outro lado, dá-se cumprimento ao princípio da eficiência, tão fundamental neste tipo de operações.

**Esgotadas as vias extrajudiciais de recuperação de títulos, segue-se o mecanismo jurisdicional, a reforma judicial de títulos.**

No art. 484.º do C. Comercial, o legislador dispõe: *“As letras, ações, obrigações e mais títulos comerciais transmissíveis por endosso, que tiverem sido destruídos ou perdidos, podem ser reformados judicialmente a requerimento do respetivo proprietário, justificando o seu direito e o facto que motiva a reforma*<sup>(122)</sup>.

---

(121) Neste sentido, *vide* CÂMARA, PAULO, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, *ob. cit.*, pp. 181-182.

(122) Entendemos frutuoso contextualizar o pensamento do legislador de acordo com os critérios hermenêuticos utilizados (arts. 9.º e ss do Código Civil) e amplamente

- § 1.º *A reforma será requerida no tribunal de comércio do lugar do pagamento do título, ou no da sede da sociedade que tiver emitido a ação ou obrigação, e não poderá ser decretada sem prévio chamamento edital de incertos e citação de todos os coobrigados no título ou dos representantes da sociedade a que ele respeitar.*
- § 2.º *Sendo a ação ou obrigação nominativa, serão igualmente citados aquele em nome de quem se achar averbada, e quaisquer outros interessados, que forem certos.*
- § 3.º *Distribuída a ação, pode o autor exercer todos os meios para conservação dos seus direitos.*
- § 4.º *Transitada em julgado a sentença que autorizar a reforma, deverão os co-obrigados no título, ou a sociedade a que ele respeitar, entregar ao autor novo título sob pena de lhe ficar servindo de título a carta de sentença.*
- § 5.º *O aceitante e mais co-obrigados ao pagamento da letra e as sociedades emissoras das ações, obrigações e mais títulos somente são obrigados ao pagamento das respetivas quantias e seus juros ou dividendos depois de vencidos, e prestando o proprietário no novo título suficiente caução à restituição do que receber.*
- § 6.º *Esta caução caduca de direito passados cinco anos depois de prestada, se neste período não tiver sido proposta judicialmente contra quem a prestou ação pedindo a restituição, ou se a ação tiver sido julgada improcedente”.*

---

desenvolvidos na doutrina e na jurisprudência, procurando reconstruir os códigos conceituais delineados na consciência daquele de acordo com a realidade hodierna. Daí urge uma interpretação atualista e teleológica, dirigida ao sentido das palavras do legislador sem os conhecimentos da dogmática e da realidade material posterior à sua existência, a hodierna. Todavia, de facto, é necessário um mínimo de correspondência literal, por efeito, e tendo em consideração no normativo a expressão “endosso”, dever-se-á atender ao seu sentido técnico. Agora, expressões que pelo decurso histórico perderam determinadas qualidades, transmutando-se, por exemplo, pela desmaterialização, como é o caso das ações tituladas nominativas (expressão figurada), não obstante, o seu sentido atualista não deverá ser afastado, operando-se a sua incorporação no texto legislativo. Isto, independentemente, de tratarem-se de valores mobiliários. Assim, entendemos que o regime ainda terá aplicação, conjuntamente, com o art. 51.º do CVM. Por outro lado, e sempre que o regime jurídico permitir uma tutela adequada a legítimos interesses que por via de outros dispositivos legais não haja qualquer abrigo, entendemos que terá sempre aplicação, ainda que se tratem de valores mobiliários.

Ora, conforme o preceituado, conclui-se que será possível, somente a **reforma de títulos** pela via judicial. Porém, tal limitar-se-á aos títulos nominativos e à ordem. De acordo com o argumento *a contrario* os títulos ao portador encontrar-se-ão excluídos, pois não se encontram sequer mencionados no citado preceito e, mesmo que assim não fosse, a sua natureza e modo de circulação impediria outra solução em razão da proteção dos legítimos interesses e expectativas de terceiros.

Quanto à temática *supra* indicada impõe-se nos tecer os seguintes considerandos:

- 1.º A reforma tem, necessariamente, de ser solicitada junto das instâncias judiciais competentes;
- 2.º Em termos processuais é aplicável o regime jurídico da reforma de documentos regulado nos termos do art. 1069.º e seguintes do Código do Processo Civil (CPC)<sup>(123)</sup>, em articulação com as regras substantivas<sup>(124)</sup>;

---

(123) O novo CPC revoga o processo especial da reforma de documentos, autos e livros (que apresenta um objeto mais amplo que o previsto no art. 484.º do Código Comercial), deixando, apenas, o processo especial de reforma de autos, cujo regime jurídico constará do livro V, título XII, do art. 959.º ao art. 966.º Entendemos, que a integração analógica deste regime poderá ser uma opção, todavia, parca, e, manifestamente insuficiente no que tange certas especificidades de regime. Atente-se, no regime processual, ainda, aplicável à reforma de títulos perdidos ou desaparecidos, ora, a publicação de avisos no local com a indicação do título, a convidar quaisquer pessoas a apresentá-lo, se possuídas, e, por interpretação extensiva, a informarem do local onde o avistaram, art. 1072.º al. a) do CPC. Entendemos, que a solução emanará dos poderes, agora, reforçados, de adequação formal e de gestão processual do juiz, enquanto intérprete e aplicador do Direito. Assim, decorre da exposição de motivos da Proposta de Lei 113/ XII: “*Mantém-se e amplia-se o princípio da adequação formal, em termos de permitir a prática dos atos que melhor se ajustem aos fins do processo, bem como as necessárias adaptações, quando a tramitação processual prevista na lei não se adegue às especificidades da causa ou não seja a mais eficiente*”; “*(O) princípio da gestão processual, (...) conferindo ao juiz um poder autônomo de direção ativa do processo, podendo determinar a adoção dos mecanismos de simplificação e agilização processual que, respeitando os princípios fundamentais da igualdade das partes e do contraditório, garantam a composição do litígio em prazo razoável.*” Respetivamente, art. 547.º — “[o] juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo” (ver, em termos comparativos, o disposto no art. 265.º-A do atual código); art. 6.º — “*cumpra ao juiz, sem prejuízo do ônus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o*

- 3.º O autor deverá descrever o título, *justificar sumariamente* a causa da sua destruição, perda ou desaparecimento, instruindo o pedido com as provas disponíveis, e motivar a ação com o *interesse* que tem *na sua recuperação*, art. 1069.º, n.º 1, art. 1072.º e art. 1073.º, todos do Código do Processo Civil (CPC).
- 4.º Para a obtenção do título reformado o legislador exige ao requerente a prestação de *caução à restituição do seu valor, juros ou dividendos*, nos casos de perda ou desaparecido dos títulos abrangidos pela previsão normativa do art. 484.º do Código Comercial, nos termos do art. 1072.º, al. *d*)(<sup>125</sup>). O mesmo não se justificaria no caso de títulos destruídos. Quanto a estes, o processo segue termos (apenas e só se, de acordo com os dados da experiência e, se for caso disso, da técnica) se se constatar, em face da prova produzida, a sua efetiva destruição, art. 1069.º, n.ºs 1 e 2;
- 5.º Sempre que os meios de prova não revelem a destruição do título, presumindo-se, o seu extravio, os termos da ação devem seguir o regime adequado, art. 1072.º, al. *d*) do CPC;

---

*processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável” (n.º 1); “[o] juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanção, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo” (n.º 2) [ver o disposto no art. o 265.º do atual código]. Atente-se, para o facto de este poder atribuído ao juiz já existir, pelo menos, implicitamente, na esfera de atribuições a ele cometidas em sede processual, promanando, também, enquanto concretização funcional do princípio de adequação formal, e ter sido consagrado literalmente no âmbito do regime processual experimental. De facto, as soluções de regime deixam de estar legalmente positivadas, passando a constituir uma prática, relativamente modelável.*

(<sup>124</sup>) Regime jurídico aplicável, com as necessárias adaptações, à reforma de valores mobiliários escriturais, art. 51.º, n.º 6 do CVM.

(<sup>125</sup>) Emanada deste dispositivo como que uma solução de compromisso e prevenção.

- 6.º Após o trânsito em julgado da *sentença que autorizar a reforma, existe, já, provisoriamente, um título, a carta da sentença* (certidão do auto), até os *co-obrigados no título, ou a sociedade a que ele respeitar, entregar ao autor novo título*, facto que, a não se verificar, converterá a *carta da sentença* em título permanente, art. 484.º, n.º 4 do Código Comercial e o art. 1070.º, n.º 2 do CPC.
- 7.º Não obstante o supra indicado nos pontos 3.º e 4.º, em todo os caso, e após sentença, definitiva, que autorize a reforma, em sede de cumprimento, ***o proprietário no novo título*** deve prestar ***suficiente caução à restituição do que receber*** das pessoas obrigadas, art. 484.º, n.º 5 do Código Comercial.
- 8.º A expressão *suficiente caução* deverá abranger, o valor do título, respetivos juros ou dividendos.
- 9.º Caução que *caduca de direito passados cinco anos depois de prestada, se durante esse período não tiver sido proposta judicialmente contra quem a prestou ação pedindo a restituição, ou se esta ação tiver sido julgada improcedente.*

Sublinhe-se, da nossa parte, que o regime não poderia ser outro. A tutela da certeza e segurança jurídicas impõem que não seja possível, em sede de valores mobiliários, no caso ações nominativas, outra solução que não a vertida nos preceitos indicados.

Em suma, carecerá sempre de uma reforma proporcionadora da incorporação do direito no novo título. Renascerá um novo documento legitimador da posição complexa do titular de ações.

## Referências

- ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2001.
- ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*. Vol. I, 9.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1996.
- ASCENÇÃO, J. O., *As acções*, in: AAVV, “Direito dos Valores Mobiliários”, Vol. II, pp. 57-90, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ASCENÇÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil: Reais*, Coimbra, 1993.
- , *Valor Mobiliário e Título de Crédito*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, III, Dezembro 1996.
- BAPTISTA, D. F., “*O Princípio da tipicidade e os Valores Mobiliários*”. 87-121, in: AAVV, “Jornadas sobre Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira”, Coimbra: Almedina, 2006.
- BONNEAU, THIERRY, *La Diversification des Valeurs Mobilières — Ses Implications en Droit Commercial*, in: A. 41, (4) «Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique », Paris, Octobre-Décembre 1988, pp. 535-607.
- CÂMARA, PAULO, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2011.
- CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDOSO RODRIGUES, RICARDO ALEXANDRE, *A regulação apositiva da Contratação Internacional — The New Law Merchant*, Tese de mestrado, Repositório da Universidade de Direito da Universidade Lusíada do Porto, 2012.
- CORDEIRO, MENEZES, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 1984.
- CORREIA, FERRER, *Lições de Direito Comercial, Vol. III, Letra de Câmbio*. Universidade de Coimbra, 1975 (edição policopiada).
- COSTA E SILVA, PAULA, *Efeitos do Registo e Valores Mobiliários. A protecção conferida ao terceiro adquirente*, in ROA, ano 58, II, julho 1998.
- , “*A transmissão de valores mobiliários fora do mercado secundário*”, in AA VV *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- CRISTAS, ASSUNÇÃO, *Transmissão contratual do direito de crédito: Do carácter real do direito de crédito*, Coimbra, 2005.
- DUARTE, RUI PINTO, *Curso de Direitos Reais*, 2.<sup>a</sup> ed., revista e aumentada, Principia Editora, 2007.

- EIRÓ, VERA, “*A transmissão de valores mobiliários — as ações em especial*”, Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano VI, n.º 11, 2005.
- ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ A., “*Os valores mobiliários: conceito, espécies e regime jurídico*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, vol. 5, 2008, Coimbra: Coimbra Editora, 87-142.
- \_\_\_\_\_, *Contratos Comerciais. Noções Fundamentais*, Vol. Especial Direito e Justiça, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Os títulos de crédito — Uma introdução*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- FERNANDES, CARLOS, *Da Natureza e Função das Normas de Conflitos de Leis*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I — Introdução; Pressupostos da Relação Jurídica*, 5.ª ed., Universidade Católica, 2009.
- FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *Valores Mobiliários Escriturais. Um novo modo de representação e circulação de direitos*, Coimbra: Almedina, 1997.
- \_\_\_\_\_, “*Transmissão contratual da propriedade — entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes*”, Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano VI, n.º 11, 2005.
- GUERREIRO, J., A., G., M., “*A posse o registo e os seus efeitos*”, IRN, BRN, 11/2003.
- GUILLERMO CABALLERO GERMAIN, *La adquisición a non domino de valores anotados en cuenta*, Madrid, 2010.
- LABAREDA, JOÃO, *Das ações das sociedades anónimas*, AAFDL, Lisboa, 1988.
- LEITÃO, MENEZES, *Direito Das Obrigações, Vol. III — Contratos Em Especial*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010.
- LIMA PINHEIRO, LUÍS DE, *Direito internacional privado, Vol I, Introdução e direito de conflitos, Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Direito internacional privado, Vol. II, Direito de conflitos, Parte Especial*, Coimbra: Almedina, 2013.
- \_\_\_\_\_, *Direito Comercial Internacional. Contratos Comerciais Internacionais. Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Arbitragem Transnacional*, Almedina, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Direito comercial internacional. O direito privado da globalização económica: relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de*

- ensino do direito comercial internacional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MACHADO, J. B., *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.<sup>a</sup> ed. atualizada (reimpressão), Coimbra: Almedina, (1985) 2002.
- MARTINS, A. S., *Valores Mobiliários (Acções)*, Coimbra: Almedina: 2003.
- MIMOSO, MARIA JOÃO; SOUSA, SANDRA C. NÓTULAS DE, *Direito Internacional Privado*, Quid Juris, 2009.
- OLAVO CUNHA, PAULO, *Direito das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2007.
- PAOLO SPADA, *La circolazione della “ricchezza assente” alla fine del millennio (riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)*, in Banca Borsa, 1999, 4.
- PINTO FURTADO, JORGE HENRIQUE DA CRUZ, *Títulos de Crédito — Letra; Livrança; Cheque*, Coimbra: Almedina, 2005.
- PIRES DE LIMA & ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado, Vol. I*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1987.
- RAÚL VENTURA, “*Contrato de compra e venda no Código Civil. Efeitos essenciais: transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa*”, Revista da Ordem dos Advogados, 1983.
- SANTOS, GONÇALO CASTILHO DOS, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro perante o Cliente*, Coimbra, 2008.
- TEIXEIRA, FILIPE CANABARRO, *Os Deveres de informação dos intermediários financeiros em relação aos seus clientes e sua responsabilidade civil*, Cad. MVM, n.º 31, 2008.
- TOMÉ, MARIA JOÃO CARREIRO VAZ, “*Algumas notas sobre as restrições contratuais à livre transmissão de ações*”, in *Direito e Justiça*, 4-5 de 1990/1991, Lisboa.
- VASCONCELOS, P. P., “*O Problema da Tipicidade dos Valores Mobiliários*”, in: AAVV, “*Direito dos Valores Mobiliários*”, Vol. III, 61-72, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- VAZ SERRA, ADRIANO, “*Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 1972*”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 3503 e 3504, Lisboa;
- VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Transmissão de Valores Mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2004.

—, “*O incumprimento do dever de partidas dobradas nos sistemas de controlo dos valores mobiliários*”, *Cadernos MVM* 15 (2002), 167-172.

VIDAL, ISABEL, “*Da (ir)relevância da forma de representação para efeitos da transmissão de valores mobiliários*”, *Cadernos MVM*, n.º 15 (2002), 287-316.

VIEIRA, JOSÉ ALBERTO C., *Direitos Reais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

## **Jurisprudência**

Acórdão STJ de 18-09-2003 (LUCAS COELHO), *in* <<http://www.dgsi.pt>> (15.04.2013).



# O REGIME DA CONTRATAÇÃO *IN HOUSE* À LUZ DAS NOVAS DIRECTIVAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

## *O triunfo dos Estados sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça*

*Pelo Dr. Durval Tiago Ferreira(\*)*

### *SUMÁRIO:*

**1.** Introdução. **2.** A cooperação vertical ou contratação *in house*;  
2.1. O exercício individual do controlo análogo; 2.2. O exercício em  
conjunto do controlo análogo; 2.3. O requisito do destino do essencial  
da actividade; 2.4. A possibilidade de participações privadas na enti-  
dade instrumental; 2.5. Conclusões. **3.** A cooperação horizontal;  
3.1. Conclusões; **4.** Conclusões finais.

Partindo do princípio da liberdade de auto-organização do Estado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça — e agora também o texto das novas directivas de contratação pública — prevêm dois tipos de contratos celebrados por entidades públicas que não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito da União Europeia.

---

(\*) Advogado, Mestre e Doutorando em direito da contratação pública. Docente do Ensino Superior, Investigador do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) Universidade do Minho, Membro da Rede de Direito Ibero-americana de Contratação Pública (REDICOP), da *Procurement Law Academic Net Work*, (PLAN) e do *Observatório de Contratación Pública*.

Num primeiro tipo, referimo-nos às relações *in house*, também denominadas como cooperação vertical ou institucionalizada. Num segundo tipo, referimo-nos à cooperação horizontal ou não institucionalizada. Trataremos, no presente artigo, de uns e outros e dos respectivos regimes.

**Palavras-chave:** contratos públicos, contratação *in house*, cooperação vertical, cooperação horizontal, Estados-Membros.

## 1. Introdução

Regra geral, sempre que a Administração solicite produtos ou serviços a terceiros operadores económicos, vê-se obrigada a recorrer ao mercado, cumprindo todo o normativo legal relativo à contratação pública<sup>(1)</sup>.

Pretende-se a concretização da livre circulação de mercadorias, da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços e o respeito dos princípios que lhe estão subjacentes, da igualdade ou paridade de tratamento, da não discriminação em razão da nacionalidade, do reconhecimento mútuo, da proporcionalidade e da transparência. No fundo, procura-se que exista uma “dinâmica concorrencial de mercado”<sup>(2)</sup>.

Contudo, esta sujeição da Administração às regras de mercado pode, em certos casos, não fazer qualquer sentido. É o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia a reconhecer que as entidades administrativas têm a possibilidade de cumprir as tarefas de interesse público pelos seus próprios meios, sem necessi-

---

<sup>(1)</sup> Para percebermos o alcance prático destas matérias, refira-se que na maioria dos Estados-Membros da União Europeia, cerca de 25 a 30% da despesa pública deriva dos contratos públicos e, ao nível global da UE, a contratação pública representa na economia cerca de 17% do PIB; num valor que ultrapassa os 1.500 biliões de euros.

<sup>(2)</sup> Expressão de LUCA R. PERFETTI, in *L’Affidamento Diretto di Servizi Pubblici Locali a Società Partecipate dai Comuni tra Amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, FA, 2004.

dade de recorrer a entidades externas aos seus próprios serviços, ou a cumprir as ditas tarefas em cooperação com outras entidades públicas<sup>(3)</sup>.

Detendo os entes públicos do poder de se organizarem sob diferentes formas, importa determinar qual o tipo de relacionamento que existirá entre esses mesmos sujeitos públicos, entre si, e destes com o mercado<sup>(4)</sup>.

Partindo deste princípio de liberdade auto-organização do Estado, é mister definir quais os critérios que nos permitem considerar que a Administração está a actuar através dos seus *próprios meios*, ou em coordenação com outras entidades igualmente públicas, factos que podem justificar a exclusão das normas de contratação pública<sup>(5)</sup>.

Resulta assim da jurisprudência europeia — e agora também do texto das directivas — que há dois tipos de contratos celebrados por entidades públicas que não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito da União Europeia em matéria de contratos públicos.

---

(3) MARC VILALTA REIXACH e BEGOÑA PÉREZ BERNABÉU, em “Los llamados contratos de auto-provisación (o contratos *in house providing*)”, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, coord. por JOSÉ MANUEL ALMUDÍ CID, MIGUEL ANGEL MARTÍNEZ LAGO; MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, 2013, pp. 941-992, explicam que, decorrente da liberdade de auto-organização do Estado, quando este recorre aos operadores privados para suprir as suas necessidades, esta possibilidade significa mais uma ferramenta para o cumprimento do interesse público. No mesmo sentido, HUERGO LORA, em “La libertad de empresa y colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 154, enero-abril 2001, pp. 161 e ss e M. REBOLLO PUIG, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio próprio”, *Revista de Administración Pública* n.º 161, mayo-agosto de 2003, pp. 379-380.

(4) FRANCISCO SOSA WAGNER adianta que: “se ha generalizado de manera incontenida una tendencia a la creación de nuevas personificaciones públicas. Se conciben y procrean muchos organismos, entes, agencias, asociaciones, sociedades y fundaciones públicas, que se presentan en sociedad con su propia personalidad y denominación.” In “Pueden los contratos quedar en casa?”, *Diário La Ley* n.º 6715, Ano XXVIII de 17/05/07.

(5) Como refere JANICKE WIGGEN, em “Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector”, *Public Procurement Law Review*, n.º 3, 2014: o facto de estarmos perante relações contratuais estabelecidas entre entidades adjudicantes não significa, por si só, que se excluam os regimes de contratação pública. Contudo, há que atender ao princípio de liberdade de organização de que goza o Estado e às suas implicações.

Neste artigo, referimo-nos, em primeiro lugar, aos contratos celebrados por uma entidade pública com uma pessoa juridicamente distinta desta, quando, em simultâneo, essa entidade exerça sobre a segunda um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e esta realize o essencial da actividade com a, ou as entidades, que a detêm. Estes são os denominados contratos *in house*, também designados por “cooperação vertical” (ou institucionalizada).

Em segundo lugar, referimo-nos aos contratos que são celebrados entre entidades públicas, com o objectivo de assegurarem a realização de uma missão de serviço público que lhes é comum. É a denominada cooperação horizontal (ou não institucionalizada)<sup>(6)</sup>.

Enquanto no primeiro grupo, a excepção da aplicação das regras da contratação pública se funda na relação de estreita depen-

---

(6) Estas matérias foram sendo densificadas em sucessivas decisões do Tribunal de Justiça: A excepção *in house* foi estabelecida primeiramente em *Teckal Srl v Comune di Viano* (“*Teckal*”) (C-107/98), sendo depois confirmada e desenvolvida nos Acórdãos *ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft* (C-94/99); *Commission v Spain* (C-349/97) (“*Tragsa*”); *Stadt Halle and RPL Recyclingpark Lochau GmbH v Arbeitsgemeinschaft thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (C-26/03); *Commission v Spain* (C-84/03); *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de Botti* (C-231/03); *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen* (“*Parking Brixen*”) (C-458/03); *Commission v Austria* (“*Mödling*”) (C-29/04); *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v Comune di Bari* (C-410/04); *Carbotermo SpA v Comune di Busto Arsizio* (“*Carbotermo*”) (C-340/04); *Auroux v Commune de Roanne* (C-220/05); *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) v Transformacion Agraria SA (TRAGSA)* (“*Tragsa*”) (C-295/05); *Commission v Italy* (“*Augusta Bell Helicopters*”) (C-337/05); *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado* (“*Correos*”) (C-220/06); *Termoraggi SpA v Comune di Monza* (C-323/07); *Commission v Italy* (“*Mantova*”) (C-371/05); *Coditel Brabant SA v Commune d’Uccle* (“*Coditel Brabant*”) (C-324/07); *Commission v Germany* (“*Hamburg*”) (C-480/06); *Sea Srl v Comune di Ponte Nossa* (“*Sea*”) (C-573/07); *Acoset Spa v Conferenza Sindaci e Presidenza Prov Reg ATO Idrico Ragusa* (C-196/08); *Mehiläinen Oy and Terveystalo Healthcare v Oulun kaupunki (Mehiläinen)* (C-215/09); *Econord SpA v Comune di Cagno and Comune di Varese and Econord SpA v Comune di Solbiate and commune di Varese* (“*Econord*”) (processos C-182 e 183/11); *Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, (“*Azienda*”) (C-159/11); *Piepenbrock* (C-386/11) e *Technische Universität Hamburg — Harburg*, (C- 15/13) e, finalmente, Acórdão *Centro Hospitalar de Setúbal, EPE Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) v Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda.* (C-574/12).

dência entre os contraentes, que anula praticamente a autonomia jurídica e económica do adjudicatário, no segundo grupo estamos perante entidades que partilham a satisfação de interesses públicos em regime de cooperação. Ou seja, na primeira situação, reconhece-se à Administração a faculdade de se auto-organizar e de prosseguir as suas finalidades pelos seus próprios meios. Na segunda, reconhece-se à Administração a faculdade de se organizar com outras entidades públicas, com vista à prossecução de finalidades que partilham entre si<sup>(7)</sup>.

Sem prejuízo do trabalho desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, ao fixar os dois requisitos *Teckal* que deram origem à construção e densificação da doutrina *in house*, na verdade, verifica-se uma considerável insegurança jurídica na sua interpretação e aplicação, quer ao nível dos Estados-Membros, quer dentro dos próprios Estados, ao nível dos poderes adjudicantes<sup>(8)</sup>.

Daí que se reclamava uma maior nitidez e clarividência em torno desta matéria, reconhecida nas directivas relativas aos contratos públicos, publicadas em inícios de 2014, que vêm reproduzir e densificar uma série de critérios que foram sendo adiantados quer pela doutrina, quer, no essencial, pelo Tribunal de Justiça em sucessivos acórdãos sobre o tema. Destarte, a Directiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, no art. 12.º, sob a denominação “Contratos públicos entre entidades do sector público”, prevê a citada “cooperação vertical” ou *in house* nos seus n.ºs 1, 2 e 3 e a “cooperação horizontal” nos seus n.ºs 4 e 5<sup>(9)</sup>.

---

(7) Cf. DURVAL TIAGO FERREIRA, in “Las excepciones contractuales en la contratación pública”, *Tendencias Actuales en Contratación Pública*, Coord. ELOY ESPINOSA — SALDAÑA BARRERA, Gaceta Jurídica, Perú, 2014.

(8) Cf. “L’affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell’istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale”, Setembro de 2014, CARMINE VOLPE, e “L’evoluzione giurisprudenziale dell’istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa”, GIUSEPPE URBANO, *Amnitrazioni in Camino*, Outubro de 2014.

(9) Este diploma, a par da Directiva 2014/25/EU, relativa aos denominados “sectores especiais” e da Directiva 2014/23/EU, relativa à adjudicação de contratos de concessões (todas de 26 de Fevereiro) constituem um novo “pacote” legislativo que vem revogar o anterior, que datava já de 2004. E, no caso das concessões, trata-se de um regime completamente novo, uma vez que não havia qualquer diploma específico sobre este tipo de contratos.

O Considerando 31 da citada Directiva adianta: “É necessário clarificar em que casos os contratos celebrados dentro do sector público não estão sujeitos à aplicação das regras de contratação pública (...) E essa clarificação deve fazer-se de acordo com os princípios definidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça”(10).

## 2. A cooperação vertical ou contratação *in house*

A contratação “doméstica” é uma matéria de origem jurisprudencial, definida pelo TJUE através do Acórdão *Teckal*, que aparece assim como uma primeira solução, assumindo-se este processo como o verdadeiro *leading case* e que estipula o seguinte regime: só não se aplicarão as regras da contratação pública se, em primeiro lugar, a entidade adjudicante exercer sobre a adjudicatária um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços e, em segundo lugar, se esta última entidade dedicar à primeira o essencial de sua actividade(11).

Para o Tribunal, preenchidos os dois requisitos, não se justifica impor aquele contrato às normas europeias sobre contratação pública, visto que o adjudicatário, ainda que dotado de personalidade jurídica, é visto, neste contexto, como um simples prolonga-

---

(10) O papel do TJUE foi decisivo, na medida em que os Estados-Membros não conseguiram obter um consenso para regular este assunto, circunstância que explica a sua não consagração tanto ao nível dos Tratados, como na Reforma de 2004. Foi assim cada um dos países a prever nas respectivas legislações internas a contratação *in house*, a partir das decisões do Tribunal de Justiça.

(11) (Processo C-107/98). A primeira referência expressa à ideia de «auto-provisão» vem expressa na *Comunicação A Contratação Pública na União Europeia*, da Comissão Europeia, COM (98), 143, de 11 de Março, na qual se afirmava que a Comissão devia clarificar o conceito de contratos *in house*, ou seja, os que se adjudicam no seio da Administração Pública, por exemplo, entre a Administração Central e Local, ou entre a Administração e uma sociedade que lhe pertença em exclusivo. Posteriormente, referem-se também de forma expressa ao conceito *in house*, o Advogado-Geral SIEGBERT ALBER, nas Conclusões apresentadas a 18 de Março de 1999, no Processo C-108/98 e o Advogado-Geral GEORGE COSMAS no citado Acórdão *Teckal*. Já a expressão *in house providing* foi pela primeira vez utilizada não em *Teckal*, mas com a sentença de 8 de Maio de 2003, que opôs a *Comissão Europeia à Espanha*, (Processo C-349/97).

mento — uma *longa manus* — da entidade adjudicante, no âmbito da autonomia organizativa de que esta dispõe<sup>(12)</sup>.

O tribunal adopta um conceito funcional de contrato público, prescindindo de critérios meramente formais, tomando em conta a relação de dependência ou de vinculação existente entre os sujeitos que intervêm naquele determinado negócio jurídico. Desta feita, o factor decisivo no que respeita aos requisitos substantivos da proposta contratual é o facto de os contratos poderem ser contratos internos celebrados com entes instrumentais (“*in house*”) e, portanto, ficam excluídos do âmbito de aplicação da lei, não pela natureza do contrato, nem pelo tipo de entidades que se relacionam, mas sim pelo tipo de relação que se estabelece entre a entidade adjudicante que efectua o contrato e a entidade com quem o celebra, devendo estabelecer-se uma relação de dependência, para que os sujeitos da relação, embora entidades formalmente distintas, materialmente sejam consideradas uma única entidade<sup>(13)</sup>.

## 2.1. O exercício individual do controlo análogo

O primeiro requisito definido em 1998 pelo Tribunal de Justiça, relativo ao controlo análogo, foi sendo densificado na sucessiva jurisprudência sobre a matéria, nem sempre em sentido linear ou, se quisermos, coerente. O que até se pode compreender, uma

---

(12) É mister referir que estes requisitos devem ser objecto de uma interpretação restritiva, cabendo a prova da sua verificação a quem pretenda invocar o regime excepcional da inaplicabilidade das regras de contratação pública. Isto em ordem à defesa do princípio da livre concorrência e a fim de se evitarem vulnerabilidades para o direito comunitário de contratação pública. Em defesa desta posição, MEILÁN GIL, in *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008. Sobre as questões da concorrência nas relações entre entidades públicas, consulte-se o interessante *Informe* da Comissão de Concorrência espanhol, “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, Julho de 2013, <<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=620665>>.

(13) Cf. CARLOS AMOEDO SOUTO, “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las administraciones públicas”, *RAP* n.º 170, mayo-agosto de 2006.

vez que foi variando não só o tipo organizativo das entidades controladas, mas também outras circunstâncias concretas que envolveram os sucessivos casos apreciados pelo tribunal. Certo é que o seu entendimento foi caminhando num sentido mais flexível e elástico, até que se passou a admitir o exercício de um controlo colectivo<sup>(14)</sup>.

Na verdade, o Tribunal de Justiça começou por considerar que as participações diminutas das entidades adjudicantes nas entidades controladas afastavam a possibilidade do exercício de um controlo análogo ao que exerciam sobre os seus próprios serviços (*Acórdãos Teckal e Coname*).

No Acórdão *Parking Brixen*, os juízes comunitários precisaram que a sociedade *Parking* revestia uma verdadeira vocação de mercado, atento o seu amplo leque de negócios, que se estendia por toda a Itália e por isso não era controlada efectivamente pelo Município *Brixen*. Os poderes que este podia exercer mais não eram dos que os que estavam previstos na lei societária para a maioria dos accionistas. E por isso afastou a existência de um controlo análogo, logo, de uma relação *in house*<sup>(15)</sup>.

No que concerne ao processo *Carbotermo*, embora o Tribunal pareça aceitar a possibilidade do exercício de um controlo conjunto por várias entidades, não prescinde que estas, em conjunto, participem na totalidade do capital social e, por via disso, influenciem decisivamente a adjudicatária<sup>(16)</sup>.

Já nos Acórdãos *Tragsa*, os juízes comunitários admitiram o exercício do controlo análogo numa situação em que a participação das entidades públicas era meramente simbólica e residual, escusando-se na determinação da lei espanhola que tornava as relações da *Tragsa* com as Comunidades Autónomas não contratuais, mas meramente instrumentais.

Parece que o nível de exigência até então assumido pelo tribunal sofreu um duro revés, na medida em que só a muito custo é sus-

---

<sup>(14)</sup> Vide F. SOSA WAGNER, “El empleo de recursos próprios por las Administraciones locales”, en libro de homenaje ao professor S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2013, pp. 1309-1341.

<sup>(15)</sup> Processo C-458/03.

<sup>(16)</sup> Processo C-340/04.

tentável que o exercício de uma influência determinante se possa concretizar através de uma participação diminuta ou residual; o que deixou uma boa parte da doutrina com os cabelos em pé<sup>(17)</sup>!

No processo *Coditel*, a *Brutélé* (entidade-filha) era uma cooperativa municipal e o tribunal adiantou diversos indícios relevantes, como a composição dos órgãos de decisão, os mecanismos de controlo e a capacidade de fixação das tarifas e preços para a verificação do requisito do controlo análogo. Mas não deixou de referir que a influência exercida pela entidade adjudicante devia ser determinante, tanto sobre os objectivos estratégicos como sobre as decisões importantes da entidade controlada.

Já no Acórdão *Sea*, estando em causa uma entidade de natureza societária, os juízes comunitários valoraram a existência de mecanismos de controlo, considerando estarmos face a um controlo reforçado, comparado a uma relação hierárquica debilitada, um meio caminho entre a hierarquia pura que se manifesta nos órgãos administrativos e a autonomia própria da natureza das sociedades anónimas. Neste aresto, entendeu-se como relevante a participação de representantes das entidades públicas nos órgãos de gestão, com uma ampla faculdade de controlo e de decisão sobre os restantes órgãos de gestão e sobre as decisões da sociedade<sup>(18)</sup>.

Por sua vez, no Acórdão *Econord Spa*, os Municípios celebraram um acordo parassocial com a adjudicatária, (ASPEM SA) uma sociedade anónima, que lhes garantia o direito a serem consultados, a nomearem um membro do conselho fiscal e a designarem um membro do conselho de administração. Mas como é evidenciado pelo TJUE, o controlo análogo pressupõe não só uma participação no capital social, mas que as entidades públicas desempenhem um papel relevante na gestão da entidade instrumental: *plays a role in its managing bodies*<sup>(19)</sup>.

Tendo em vista pôr fim a algumas indefinições e a clarificar o conceito da intensidade do controlo que é exercido, a Direc-

---

(17) Cf. *Contratação in House*, DURVAL TIAGO FERREIRA, pp. 156 e ss. *Almedina*, 2013.

(18) Processo C-573/07.

(19) Processos C-182/11 e 183/11.

tiva 24/2014, na senda destas decisões do Tribunal de Justiça, veio adiantar o seguinte texto no n.º 1 do art. 12.º, conjugado com a alínea a): O exercício de um controlo análogo verifica-se quando a autoridade adjudicante exerce uma influência decisiva sobre os objectivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa colectiva controlada (expressões utilizadas pelo TJUE em *Coditel*).

Na última versão da proposta da Directiva adiantou-se a seguinte frase: “Esse controlo pode ser igualmente exercido por outra pessoa colectiva que, por sua vez, é controlada da mesma forma pela autoridade adjudicante”. Esta proposição, de certa forma enigmática, parece suscitar duas interpretações possíveis. Primeiro, considerar que uma entidade que não depende directamente da entidade-mãe, mas que é controlada por esta, pode exercer um controlo análogo sobre uma terceira entidade. Estamos perante uma situação em que a mesma, ou as mesmas entidades adjudicantes, exercem um controlo análogo sobre dois operadores económicos distintos, dos quais um adjudica ao outro um contrato. É o caso apreciado no Acórdão *Universidade de Hamburgo*, no qual a cidade de Hamburgo participa, em simultâneo, na Universidade — adjudicante — e na sociedade HIS — adjudicatária, (sociedade de responsabilidade limitada, de direito privado, detida em 1/3 pelo Estado Central alemão e nos restantes 2/3 por 16 *länders* alemães, entre os quais Hamburgo com 4,16%)(<sup>20</sup>).

Uma segunda interpretação, permite-nos afirmar que o controlo pode ser exercido através de uma entidade instrumental sobre uma terceira entidade. Seria uma relação entidade-mãe, filha e neta, tal como foi consagrado no Acórdão *Tragsa* (e também no Acórdão *Carbotermo* quanto à entidade instrumental *AGESP*) no qual, quem verdadeiramente exercia a influência decisiva não eram as Comunidades Autónomas, mas a Administração Central. (Esta possibilidade foi rejeitada nas Conclusões do Advogado-Geral no Processo *SUCH*).

---

(<sup>20</sup>) Processo C-15/13. Cf. o comentário a este Acórdão na *Revista de Contratación Administrativa*, n.º 133, septiembre-octubre de 2014, pp. 105, 106 e 107.

## 2.2. O exercício em conjunto do controlo análogo

A admissibilidade do controlo conjunto como requisito para a verificação de uma relação *in house* foi consagrada timidamente nos Acórdãos *Carbotermo e Tragsa* e é depois desenvolvida no Acórdão *Coditel*: “É coerente afirmar que o requisito do controlo que exercem as autoridades públicas pode cumprir-se também tendo em conta o controlo exercido conjuntamente pelas autoridades públicas sobre as entidades concessionárias. O essencial é que esse controlo conjunto seja efectivo, não sendo indispensável que seja exercido a título individual”.

Na sentença *Econord Spa* aduziu-se que a participação meramente formal não é suficiente para a verificação do controlo análogo. Exige-se que essa participação confira a possibilidade de um exercício efectivo<sup>(21)</sup>.

O controlo análogo não equivale a que todas as Administrações devam realizar um controlo individual e independente sobre o ente instrumental, mas também não significa que a entidade que detém uma participação maioritária exerça forçosamente um controlo análogo, (cf. Pontos 45 e 50 do Acórdão *Coditel* e Ponto 50 do Acórdão *Sea*).

Por outro lado, esse controlo não se limita à existência de participações dos representantes de todas as entidades nos órgãos sociais da adjudicatária. Existem outras modalidades consideradas adequadas pelo Tribunal de Justiça. No Acórdão *Coditel* considerou-se que a criação de unidades produtivas independentes dentro da entidade controlada, com órgãos de decisão cujas deliberações vinculam o órgão plenário, supõe um controlo mais estrito e efectivo do que a participação de todas as entidades nos órgãos sociais. O tribunal entendeu que estas estruturas são um instrumento adequado para garantir um controlo, quando a finalidade desses comités passar por estabelecer mecanismos reforçados de controlo sobre o órgão da administração do ente instrumental.

---

(21) Sobre esta matéria, JOSÉ MARIA GIMENO FELIÚ, *El Nuevo Paquete Legislativo Comunitário sobre Contratación Pública. De la burocracia a la estrategia*, Universidad de Zaragoza, Aranzadi, 2014.

Outrossim, e atento o texto do citado art. 12.º da Directiva 24/2014, só haverá lugar ao controlo conjunto verificando-se três requisitos: *i*) os órgãos de decisão da pessoa colectiva controlada são compostos por representantes de todas as autoridades adjudicantes participantes; *ii*) essas autoridades adjudicantes podem exercer conjuntamente uma influência decisiva sobre os objectivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa colectiva controlada; *iii*) a pessoa colectiva controlada não persegue quaisquer interesses contrários aos interesses das autoridades adjudicantes que a controlam.

No texto constante da Proposta da Directiva de 13 de Julho de 2013, enviada ao Parlamento Europeu, suprimiu-se o requisito de que a entidade controlada não pode receber valores que ultrapassem os custos com as prestações encomendadas. Este requisito tinha origem no entendimento sufragado pela jurisprudência comunitária, no sentido em que este seria mais um indício para a verificação do controlo análogo, uma vez que a entidade-filha, ao não auferir mais do que o valor de custo, não só reforçava a possibilidade do exercício do controlo, como esvaziava esse contrato de qualquer interesse concorrencial. Este aspecto é também mencionado no Acórdão *Tragsa*, ao referir-se que a retribuição dos trabalhos se deve realizar de acordo com as tarifas aprovadas pela entidade pública.

Com o abandono desta proposição, fica aberta a possibilidade de transferência de verbas ou abonos para as entidades instrumentais e não parecem existir dúvidas que esses encargos podem traduzir-se nos preços de mercado, não se reduzindo assim apenas aos custos com a execução do contrato<sup>(22)</sup>.

### 2.3. O requisito do destino do essencial da actividade

No processo *Teckal* definiu-se que, para além da verificação do controlo análogo, exige-se que a entidade controlada destine o essencial da actividade em benefício da entidade adjudicante. Ou

---

(22) Cf. art. 24.º-6. Texto Refundido da Ley dos Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo n.º 3/11, de 14/11.

seja, se o contrato *in house* não é mais do que uma forma de auto-provisão por parte da entidade adjudicante, então essa extensão perderia todo o sentido se a entidade instrumental dedicasse a sua actividade em prole de outros operadores, públicos ou privados, como qualquer outro agente de mercado. Dito de outra forma, essa actuação indicaria que essa entidade se revelava como um meio próprio, com personalidade diferenciada, pelo que deveria sujeitar-se às directivas comunitárias.

Contudo, o Tribunal não avançou com qualquer fasquia para a actividade que deveria ter como único destinatário a entidade-mãe.

Assim, e em sentido dissonante daquele que foi a linha de orientação da jurisprudência comunitária, a Comissão optou pela fixação de um limite a partir do qual se pode dar por verificado este requisito. Embora numa primeira versão, esse número se cifrasse nos 90%, o art. 12.º da Directiva 24/2014 vem estabelecer que um contrato só fica excluído do âmbito das directivas se, (para além do citado exercício do controlo análogo) “mais de 80% das actividades da pessoa colectiva controlada forem realizadas no desempenho de funções confiadas pela autoridade adjudicante que a controla ou por outras pessoas colectivas controladas pela referida autoridade adjudicante”<sup>(23)</sup>.

A individualização deste requisito encontrou-se sempre envolta numa cortina de incerteza. Isto porque em *Teckal* os juízes limitaram-se a enunciá-lo, sem avançarem com a delimitação da sua aplicação ou com a especificação do seu conteúdo.

Enquanto, no que concerne ao critério do controlo análogo, o Tribunal foi pródigo em clarificar os seus elementos essenciais, o mesmo já não aconteceu com o requisito da *prevalenza*<sup>(24)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> O valor de 90% havia sido referido no âmbito do Acórdão *Tragsa*.

<sup>(24)</sup> PASCUAL GARCIA entende que este critério mereceu grande atenção por parte dos tribunais comunitários nem da justiça administrativa espanhola, porque se trata de uma questão de facto, mais do que de uma questão de direito, talvez porque se pode considerar implícita na atribuição de funções ou na descrição do objecto social. E cita, a este propósito, o *Informe* de 5 de Junho de 2006; in *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de contratos del sector público*, Boletim Oficial do Estado, 2010. Outros podiam ser referidos: *Informes* 2/2001, 7/2004 e 1/2006 da *Junta Consultiva de Contratación Administrativa da Cataluña*; o *Informe* 8/2003 da *Junta da Comunidad Valenciana* e o *Informe* 1/2007 da *Junta de Aragón*.

Como afirma CLÁUDIA VIANA, a aplicação prática deste requisito não estava isenta de dificuldades, já que o Tribunal não exigia a totalidade da actividade prestada, mas também não precisa o significado de «o essencial da actividade»<sup>(25)</sup>.

A partir de agora, se é verdade que a certeza deste limite torna mais fácil a apreciação do caso concreto, por outro lado, pode levar a ignorar-se um conjunto de elementos qualitativos que melhor descortinam a verificação de uma efectiva dependência económica<sup>(26)</sup>.

Em rigor, podemos ter uma entidade que preste 81% da sua actividade em prole da entidade adjudicante e que revela uma maior autonomia do que outra cuja percentagem seja menor; mas que, por outras circunstâncias, revele uma autonomia decisória e económica muito mais frágil do que a primeira<sup>(27)</sup>.

Por exemplo, o Advogado-Geral PAOLO MENGOZZI, nas Conclusões apresentadas em 27 de Fevereiro de 2014, no decurso do Processo C-574/12, considera que uma actividade que representa um quinto da actividade total não pode ser definida, mesmo do ponto de vista quantitativo, como uma actividade marginal.

Esta solução agora preconizada pelas directivas é de eficácia discutível e surge da pressão dos Estados-Membros, por forma a sustentarem as entidades por si criadas através das actividades que estas possam prestar a terceiros operadores económicos, sem que percam o seu carácter “interno”. Assim, conseguem que a prestação de actividades numa fasquia até 20% não as faz perder a qualidade de entidade instrumental., mas permitem que estas auferam algum tipo de rendimento.

---

<sup>(25)</sup> CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007.

<sup>(26)</sup> No Acórdão *Carbotermo* referiu-se que a análise ao critério do destino do essencial da actividade devia ser feita com recurso a critérios quantitativos e qualitativos.

<sup>(27)</sup> As primeiras versões do texto da directiva apontavam para uma fasquia na ordem dos 90%. Este critério quantitativo vem previsto no art. 12.º, n.º 1, alínea *b*) da directiva relativa aos “sectores gerais”, no art. 17.º, n.º 1, alínea *b*) da directiva relativa às concessões e no art. 28, n.º 1, alínea *b*) da directiva relativa aos “sectores especiais”.

## 2.4. A possibilidade de participações privadas na entidade instrumental

Praticamente desde o início da construção jurisprudencial da contratação *in house* que, assente em dois argumentos distintos, é afastada a possibilidade da participação de privados: por um lado, essa participação coloca-os numa vantagem concorrencial indevida; por outro, faz com que os interesses que estes prosseguem colidam com um eventual interesse público subjacente à finalidade da autoridade adjudicante<sup>(28)</sup>.

Foi este aliás o entendimento recente do Tribunal de Justiça, no Acórdão *SUCH*, de 19 de Junho de 2014, ao reafirmar que a participação de privados na entidade adjudicatária, mesmo que pertencentes ao sector social, afasta a possibilidade de recurso à excepção *in house*<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Cf. DURVAL TIAGO FERREIRA: “Mesmo que a prossecução do interesse público seja juridicamente possível com a participação de privados, pode, na prática, a entidade pública não conseguir impô-los à sociedade, que está também condicionada pelos interesses económicos e estratégicos subjacentes a essa participação privada. Pelo contrário, sendo os capitais integralmente públicos, mesmo que a sociedade assuma uma organização de forma privada, é mais fácil subsistir uma coincidência entre os fins pretendidos pela entidade matriz e os fins a prosseguir pela entidade instrumental, não havendo qualquer interferência de interesses alheios ao interesse público”, *Contratação In House*, Almedina, 2013. No mesmo sentido, os Acórdãos *Stadt Halle*, de 11 de Janeiro de 2005, *Comissão/República Italiana*, de 8 de Abril de 2008 (pontos 38, 39, 40 e 41) e *Sea*, de 10 de Setembro de 2009.

<sup>(29)</sup> Processo C-574/12. Sobre este Acórdão, JOSÉ ANTÓNIO MORENO MOLINA, in *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 134, noviembre-diciembre de 2014. O Advogado-Geral, PAOLO MENGOLZI, perfilha do entendimento que veio a ser sufragado pelo Tribunal, de afastar qualquer relação doméstica quando na presença de participações privadas, embora ressalve que a mera possibilidade estatutária dessa participação não deve ser motivo para essa exclusão. E quanto ao facto desses privados, no caso em apreço, pertencerem ao sector social e não prosseguirem um escopo lucrativo, o Advogado-Geral entende que, embora o direito da contratação pública não seja indiferente a este aspecto, nomeadamente através do disposto no art. 2.º do TUE e 26.º da Directiva 2004/18, tal não é por si só suficiente para justificar a aplicação da excepção *in house*. (Conclusões apresentadas em 27 de Fevereiro de 2014). Já a decisão a que chegou o tribunal no Processo C-568/13, *Cruz Vermelha italiana*, não é de todo coincidente com o Acórdão *SUCH*. No Acórdão *Cruz Vermelha*, o tribunal admitiu a adjudicação directa de contratos de serviços de transportes urgentes a determinadas entidades, como a Cruz Vermelha, com o argumento que se trata de contratos que envolvem aspectos particulares, como a urgência, a componente social ou a eficácia.

Numa primeira versão do texto da directiva impedia-se de forma taxativa a participação de privados, através de uma alínea *c*) do parágrafo 1<sup>(30)</sup>.

No documento de consenso de 13 de Julho de 2013, e no texto final, abre-se a possibilidade da participação de privados, cumpridos os seguintes critérios: desde que seja imposta pela legislação dos Estados-Membros, que seja conforme aos Tratados e que essa participação não lhes confira poderes de controlo ou de bloqueio nas sociedades em causa.

No Considerando 32 da directiva refere-se que só está em causa a participação directa na entidade controlada. Assim, a existência de participação de privados nas autoridades adjudicantes que efectuam o controlo, não impede a adjudicação de contratos públicos à pessoa colectiva controlada sem aplicar os procedimentos previstos na directiva, visto que tais participações não afectam de forma negativa a concorrência entre operadores privados.

Este novo regime confere uma maior flexibilidade às autoridades adjudicantes, quanto às suas formas de organização, nomeadamente com a possibilidade de recurso a parceiros privados.

Este regime, inovador, consubstancia alguns riscos de concorrência, quer nos casos de participações directas ou indirectas, na medida em que esses operadores poderão beneficiar com a celebração de contratos que vão passar à margem dos procedimentos legais de contratação<sup>(31)</sup>.

## 2.5. Conclusões

A técnica da cooperação vertical, mediante o recurso a contratos celebrados com entidades meramente instrumentais, por força do exercício de um controlo efectivo e pela limitação da actividade prestada por tais entidades, deve ser interpretada restritivamente,

---

<sup>(30)</sup> Proposta de Directiva COM/2011/0896 final — 2011/0438 (COD) art. 11.º, parágrafo *c*.

<sup>(31)</sup> Ao que acresce, neste aspecto, a alteração introduzida no critério do destino do essencial da actividade.

em ordem a não causar perturbações nas regras de concorrência. Ou seja, não devem os Estados servir-se dela como instrumento de ajudas de Estado, por exemplo para favorecer estratégias de internacionalização empresarial ou captação de contratos noutros mercados, atento o limite imposto pelo art. 107.º do TFUE.

Assim, quando se tratar de uma relação jurídica entre duas ou mais entidades entre as quais não exista qualquer subordinação jurídica e económica, então, por força das disposições comunitárias e nacionais, exige-se o recurso aos procedimentos legais de contratação, em cumprimento dos princípios gerais da transparência e da concorrência.

### 3. A cooperação horizontal

A regulação das relações contratuais entre entidades públicas foi dos temas mais controvertidos durante a tramitação legislativa das novas directivas<sup>(32)</sup>.

O Parlamento Europeu instou a Comissão a estabelecer um regime clarificador quanto às condições em que são celebrados os acordos/contratos dentro da denominada Administração Pública, ou, na expressão das novas directivas, entre autoridades adjudicantes. E que o fizesse a partir da jurisprudência produzida pelo Tribunal de Justiça<sup>(33)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> Esta matéria foi abordada logo em 2006, pelo Parlamento Europeu, na sua *Resolução sobre a colaboração público-privada e o Direito comunitário em matéria de contratação pública e concessões* (2006/2043/INI), a propósito da cooperação intermunicipal, enunciando alguns critérios que deveriam estar na base desta cooperação, nomeadamente quanto às entidades, que tinham de ser municipais, existir uma supervisão sobre as prestações contratuais idêntica à que exercem sobre os seus próprios serviços e, finalmente, essas actividades são prestadas quase em exclusivo para as contratantes.

<sup>(33)</sup> Na *Resolução sobre Novos aspectos da política de contratação pública*, de 18 de Maio de 2010, 2009/2175, o Parlamento Europeu reiterou a sua posição de que a cooperação entre municípios pode passar ao lado das regras de contratação pública, cumprindo-se determinados requisitos: se se tratar da prestação de um serviço público de incumbência das entidades locais contratantes; se não houver participações de privados e se esses serviços são prestados essencialmente em benefício das entidades participantes no negócio.

Em paralelo, foi notável a pressão dos Estados-Membros com vista a alcançar uma cobertura jurídica para as relações entre entidades públicas nas quais não se verifica um controlo análogo, mas em que há necessidade de uma cooperação com vista ao desenvolvimento comum de tarefas de serviço público.

Esta figura da cooperação horizontal, ainda que deva ser interpretada de forma restrictiva, põe em evidência a linha ténue que delimita a sujeição às directivas dos contratos entre entidades públicas ou a exclusão dessas relações do conceito de contrato público, o que gera tensão com as normas do direito da concorrência<sup>(34)</sup>.

Este tipo de colaboração, sendo uma modalidade da doutrina *in house*, tem em comum o facto de decorrer da liberdade de organização administrativa, mas difere quanto aos princípios básicos que a configuram, bem como quanto os requisitos que devem concorrer para a sua apreciação<sup>(35)</sup>.

Na cooperação horizontal não se está na presença de relações de subordinação, típicas da contratação doméstica, mas de uma cooperação, em plano de igualdade entre as entidades ou administrações públicas, para a prossecução em comum de tarefas de interesse público<sup>(36)</sup>.

Na sentença *Coditel* reconhece-se que uma autoridade pública, para além de poder realizar as suas actividades de interesse público, pode também fazê-lo “em colaboração com outras autoridades públicas”. A partir desta decisão, o Tribunal considera que o direito comunitário não impõe de modo algum às autoridades públicas o uso de uma determinada forma jurídica para garantir as suas missões de serviço público em conjunto, entendendo-se que

---

(34) Cf. MIGUEL A. BERNAL BLAY “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”, *Organización Local. Nuevas Tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011.

(35) Cf. Processos C-84/03, de 13 de Janeiro de 2005, *Comissão/Espanha* e C-220/05, de 18 de Janeiro de 2007, *Comune de Roanne*.

(36) Vide ISABEL CORCOLLES, in “Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 135, enero-febrero 2015.

essas relações não afectam os princípios da igualdade, ou de liberdade de circulação de serviços, não implicando uma concorrência falseada (Pontos 48 e 49).

No Acórdão *Comissão/Alemanha*, várias circunscrições celebraram com a cidade alemã de Hamburgo um contrato relativo à eliminação dos seus resíduos numa nova instalação de valorização térmica, sem qualquer procedimento pré-contratual, o que levou a Comissão Europeia a intentar a respectiva acção de incumprimento<sup>(37)</sup>.

Em sua defesa, a Alemanha sustentou que o contrato em causa resultava de uma operação interna da administração e que, por conseguinte, se encontrava fora do âmbito de aplicação das normas relativas à contratação pública<sup>(38)</sup>.

O Tribunal, pese embora tenha concluído, expressa e inequivocamente, que as circunscrições em causa “não exercem controlo algum que possa ser qualificado de análogo ao que exercem sobre os seus próprios serviços”, considerou, a final, não existir incumprimento por parte da Alemanha. Com efeito, sustentou: (i) “o contrato controvertido cria uma cooperação entre autarquias locais, que tem por objectivo assegurar a realização de uma missão de serviço público comum”; (ii) é “o culminar de um processo de cooperação intermunicipal (...) que implica exigências idóneas para assegurar a eliminação dos resíduos; (iii) foi apenas celebrado entre entidades públicas, sem a participação de privados; (iv) “uma autoridade pública pode desempenhar as missões de interesse público que lhe incumbem através dos seus próprios meios, sem ser obrigada a recorrer a entidades externas que não pertençam aos seus serviços, e em colaboração com outras autoridades públicas”. E entendeu que, não obstante não existir qualquer organismo de cooperação intermunicipal, o direito comunitário também não impõe às autoridades públicas, para assegurar conjuntamente as

---

<sup>(37)</sup> Processo C-480/06, de 9 de Junho de 2009.

<sup>(38)</sup> E argumentou que a cidade de Hamburgo não devia considerar-se como um prestador de serviços, mas sim um organismo de direito público responsável pela eliminação dos resíduos, prestando uma assistência administrativa a autarquias limitrofes contra o reembolso dos seus custos de funcionamento.

suas missões de serviço público, que recorram a uma forma jurídica especial. Além disso, o TJUE refere que a colaboração entre as autoridades públicas não pode por em causa o objectivo principal das disposições comunitárias em matéria de contratos públicos, isto é, a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros, desde que a realização desta cooperação seja regida unicamente por considerações e exigências próprias à prossecução de objectivos de interesse e que o princípio da igualdade de tratamento dos interessados consagrados na Directiva 92/50 seja garantido, de modo que nenhuma empresa privada seja colocada numa situação privilegiada relativamente aos seus concorrentes.

Foram diversas as críticas que surgiram face ao teor desta decisão judicial; desde logo pelo facto do tribunal aparentemente ter prescindido dos critérios por si criados em *Teckal*, optando por uma decisão casuística que colocava em causa a segurança jurídica da questão e criando uma nova isenção das regras comunitárias sobre contratos públicos não baseada em qualquer norma das Directivas. “Ao ter ignorado a existência de um mercado público, o tribunal ignorou também a possibilidade de, por exemplo, uma outra cidade poder competir no negócio em causa”<sup>(39)</sup>.

O TJUE, porém, afasta este entendimento e vem admitir formas de colaboração puramente contratuais ou convencionais (não institucionalizadas) às quais não se aplicam as regras da contratação pública; limitando-se a fazer uma análise do ponto de vista funcional se o acordo de cooperação interadministrativo põe em causa os princípios fundamentais do direito comunitário. Ou seja, a inaplicabilidade da directiva não se fundamenta na questão da relação entre as entidades, mas no conteúdo do contrato que se dirige à prossecução de um interesse público comum.

Na decisão seguinte, no Acórdão *Lecce*, o Tribunal apreciou a legalidade da adjudicação directa de um contrato entre a Agência Sanitária de *Lecce* e Universidade de Salento, para a elaboração de um estudo de avaliação da vulnerabilidade sísmica das estruturas

---

(39) Acórdão que opôs a *Comissão à Alemanha*, Processo C-480/06.

hospitalares da Província de *Lecce*. Apesar de serem ambas entidades públicas, o tribunal afastou a possibilidade de uma colaboração horizontal, porque entendeu não estarmos face a um desempenho de uma missão de serviço público comum. E mais, ao permitir-se que a Universidade se socorresse de parceiros privados na execução deste contrato, estar-se-ia a beneficiar indevidamente essas empresas privadas, ao não sujeitar este contrato às regras de concorrência<sup>(40)</sup>.

No caso *Piepenbrock* não estava em causa o exercício de uma actividade em comum, mas um contrato de transferência de competências entre entidades locais. A Associação de Municípios *Kreis Duren* transfere para o Município *Stadt Düren* os serviços de limpeza dos edificios propriedade da associação e que se encontrem no Município. O *Stadt* pode recorrer a terceiras entidades para a execução deste serviço e a remuneração equivale, tão só, a uma indemnização pelos custos suportados com as prestações contratuais (Processo C-386/11).

O Tribunal de Justiça afasta desde logo a verificação do primeiro dos requisitos *Teckal*, na medida em que não há qualquer controlo exercido entre os contratantes.

Os juízes excluíram também a existência de uma cooperação entre as entidades, e, por isso, o órgão jurisdicional que apresentou a questão prejudicial pôs em causa se o facto de se recorrer a um contrato “de delegação” pode significar uma “montagem destinada a escapar ao regime normativo de contratação pública”<sup>(41)</sup>.

Em suma, o Tribunal concluiu que as meras transferências de funções ou competências não traduzem uma colaboração entre entidades públicas para o desempenho de missões de serviço público comum. Não sendo contratos que, pela sua natureza, não têm por objectivo uma colaboração real e efectiva, não constituem fórmulas que encaixem com os requisitos exigidos pela jurispru-

---

<sup>(40)</sup> Processo C-159/11, de 19 de Agosto de 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*.

<sup>(41)</sup> Esta delegação de competências, permitida pelas leis alemãs, não exclui que essa relação, não se tratando de uma colaboração horizontal, constitua um contrato público de serviços, no sentido do art. 1.º, ponto 2, letra *d*) da Directiva 2004/18/CE.

dência para considerar que estamos face a uma cooperação horizontal. Por outro lado, ao permitir-se que um terceiro executasse as referidas limpezas, coloca-se este terceiro numa situação de vantagem indevida face aos seus concorrentes<sup>(42)</sup>.

Por último, e no âmbito do Acórdão *Hamburgo-Harburg*, de 8 de Maio de 2014, o Tribunal analisou um contrato celebrado entre uma universidade alemã e uma sociedade de capitais públicos para a aquisição de um sistema de gestão informática, de assessoria aos institutos públicos. A Universidade de Hamburgo comprou directamente à empresa HIS um programa informático, no valor de € 840.000,00; com a especificidade da cidade de Hamburgo participar, quer na Universidade, quer na empresa adjudicatária. No processo principal, foi pacífico que não existia nenhuma relação de controlo entre a Universidade, enquanto adjudicante, e a HIS, enquanto adjudicatária. Com efeito, a Universidade não detém nenhuma participação no capital social, nem tem qualquer seu representante legal nos órgãos de direcção da empresa. Por sua vez, a cidade de Hamburgo também não está em condições de exercer um qualquer controlo sobre a Universidade, cuja autonomia não é posta em causa.

Os juízes entenderam que a cooperação estabelecida por este contrato não está destinada à realização de uma missão de serviço público comum, no sentido do que tem sido seguido pela jurisprudência e destaca que não só a Universidade e a empresa não são autoridades públicas, como a empresa não visa o desempenho de uma missão de serviço público<sup>(43)</sup>.

Fruto das conclusões a que foram chegando os juízes comunitários nestes arestos, a Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014 relativa aos contra-

---

<sup>(42)</sup> *Piepenbrock* (Processo C-386/11), de 13 de Junho de 2013. A lei alemã de organização administrativa distingue os contratos de mandato, nos quais não há transferência de competências, executam-se tarefas por conta de outrem e só se revestirem um carácter oneroso é que estão sujeitos ao regime de contratação pública; dos contratos de delegação, em que se opera uma transmissão de competências e que estão sempre sujeitos ao normativo legal dos contratos públicos.

<sup>(43)</sup> Acórdão *Technische Universität Hamburg — Harburg*, de 8 de Maio de 2014, Processo C-15/13.

tos públicos, no seu art. 12.º, n.º 4, descreve os requisitos da denominada “cooperação horizontal”: *a)* a celebração do contrato entre duas ou mais entidades adjudicantes; *b)* que se estabeleça uma cooperação entre estas entidades a fim de assegurar que os serviços públicos que lhes cabem assegurar se enquadrem nos objectivos que têm em comum; *c)* esta cooperação deve ser regida unicamente por considerações de interesse público; *d)* as actividades abrangidas pelo contrato devem ser marginais, não ultrapassando os 20% da totalidade das actividades dessas entidades; e cuja contabilização é feita pelos critérios enunciados no n.º 5 desse art. 12.º.

Daqui se depreende que a cooperação pode abarcar todo o tipo de actividades relacionadas com a execução de tarefas e responsabilidades de serviço público de um leque variado de entidades, como aqueles pertencentes às autoridades locais, regionais, organismos de direito público ou entidades públicas empresariais.

No Considerando 33 da Directiva indica-se que as tarefas dos diferentes poderes adjudicadores não têm de ser necessariamente idênticas, podendo ser complementares e executadas em cooperação. A colaboração institucional não implica necessariamente que os poderes adjudicadores comunguem do mesmo tipo de funções, bem como não se exige que todas as entidades assumam a execução das principais obrigações contratuais; o que de certa forma equivale ao controlo conjunto na medida em que nem todos têm de assumir um controlo individual efectivo sobre a entidade instrumental.

Por outro lado, a cooperação deve fundar-se em considerações assentes exclusivamente no interesse público, excluindo-se assim qualquer tipo de outro interesse, por limitado que seja.

Por último, e quanto ao carácter marginal das actividades a prosseguir, o novo texto da Directiva vem flexibilizar o critério do cálculo da percentagem de negócios, considerando que se considera a média do volume total de negócios do poder adjudicador verificado nos últimos três anos, ou, em alternativa, e por exemplo, os custos suportados quanto a serviços, fornecimentos ou obras, no mesmo período de tempo. Se esta avaliação não for possível, porque a entidade é recente, ou foi reorganizada, então “basta mostrar que a medição é credível, nomeadamente através de projecções de actividades”.

No texto de consenso de 13 de Julho de 2013 incluíam-se dois requisitos adicionais que acabaram por cair: a impossibilidade de participação de privados e a retribuição deveria resumir-se ao pagamento dos custos reais.

Efectivamente, só existirá uma verdadeira cooperação, guiada por razões de interesses exclusivamente públicos e respeitando-se o princípio de igualdade, se as entidades não tiverem qualquer participação de um parceiro privado, que gozaria de uma vantagem concorrencial indevida. Daí que, mesmo sem consagração no texto da Lei, a inexistência de privados é uma condição essencial para a verificação de uma cooperação horizontal. E inclusive a previsão estatutária da possibilidade de participação futura de privados seria um motivo que afastava a verificação de uma cooperação horizontal, uma vez que estaríamos perante a possibilidade de uma adjudicação directa a uma sociedade de capitais mistos<sup>(44)</sup>.

Quanto à supressão do requisito de que a retribuição unicamente pode corresponder ao reembolso dos custos reais, parece levar ao entendimento de que será possível a prática de preços de mercado, e que assim se pode obter um benefício pelo desenvolvimento dessas actividades. Contudo, não havia sido este o entendimento sufragado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Comissão-Alemanha*, ao exigir que a retribuição só podia abarcar o reembolso dos custos reais<sup>(45)</sup>.

Na nossa perspectiva, o texto da Directiva devia manter o entendimento jurisprudencial, pelo qual a contrapartida pela execução do contrato se resumia apenas aos custos, não se admitindo que daí resultassem lucros, porque este era um ponto fundamental que esvaziava um potencial interesse comercial do negócio.

---

<sup>(44)</sup> Solução a que chegou o TJUE no Acórdão *Mödling*, ao adiantarem-se os conceitos de “construção artificial de várias fases distintas” e do “cumprimento permanente dos critérios *Teckal*”, que expressam a preocupação dos juizes numa abordagem às sucessivas fases de formação e execução do contrato, com o objectivo de evitar que a abordagem apenas ao momento da celebração não fosse suficiente para evitar um eventual atropelo das regras da transparência e da concorrência.

<sup>(45)</sup> Este aspecto foi também apreciado no Acórdão *Lecce*, (Processo C-159/11).

### 3.1. Conclusões

Tanto a opinião do Parlamento Europeu, como a doutrina do Tribunal de Justiça parecem caminhar na mesma direcção: a necessidade de distinguir, para o efeito de aplicar ou não o regime normativo dos contratos públicos, entre as formas modernas de organização e execução conjunta de tarefas públicas comuns, por parte das autoridades públicas, que se conduzem exclusivamente por considerações de interesse público; da simples compra e venda comercial de bens e serviços no mercado, sujeita às regras de contratação pública.

Não sendo uma decorrência da doutrina *in house*, a cooperação horizontal apresenta-se como outra forma de excepção ao regime de contratação pública, dando resposta aos anseios dos Estados em encontrarem formas de prosseguir o interesse público, através de cooperação entre diferentes órgãos, principalmente ao nível local e em matérias que justificam essa conjugação de esforços, como por exemplo, na área ambiental, cujos custos dificilmente seriam suportáveis de forma individual e sem essa cooperação.

## 4. Conclusões finais

Se na reforma de 2004, os Estados-Membros não conseguiram sequer chegar a um consenso que tornasse possível a consagração legislativa das relações *in house*, a reforma de 2014 espelha a vitória dos Estados sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça. É certo que os textos das directivas partem das premissas que foram sendo desenvolvidas nos últimos 15 anos pelos juízes comunitários. Mas, em todos os casos em que puderam ir mais longe, as directivas foram-no.

Na fixação de um limite, concreto e abaixo dos valores até então referenciados, para a consideração do requisito do destino do essencial da actividade, fazendo cair as virtudes de uma interpretação qualitativa e permitindo que as entidades instrumentais passem a desenvolver um quinto da sua actividade a terceiros, mantendo

assim uma actividade mínima que lhe confira alguma autonomia, pelo menos financeira.

Na possibilidade da participação de privados, quer na cooperação vertical ou horizontal, ainda que a título excepcional e contra a corrente da jurisprudência que, como se viu no Acórdão *SUCH*, nem as entidades pertencentes ao sector social e sem ânimo lucrativo o tribunal deixava passar.

Finalmente, ao deixar cair a exigência que o preço a cobrar pela entidade instrumental não pode ultrapassar o custo — abandonando o entendimento sufragado nos arestos mais recentes — os Estados conseguem que se apliquem as excepções da contratação a negócios com valores de mercado e que geram lucros para os adjudicatários.

Se esta é uma matéria que evidencia uma tensão latente entre o princípio da liberdade de auto-organização dos Estados e o princípio da concorrência, então, desta vez, o primeiro levou vantagem!

# O ATO MÉDICO É UMA EMPREITADA?(\*)

*Pelo* Dr. João Carlos Galheiro

*SUMÁRIO:*

**Dedicatória/Agradecimentos. Sumário. Palavras-chave. Introdução.** A) Nota introdutória. B) Apresentação do tema e objetivos a atingir. C) Metodologia usada. **Capítulo Primeiro. 1.1.** Do concreto: os factos. **1.2.** ... ao abstrato: os conceitos. **1.3.** A Medicina: Da “Arte Silenciosa” ao mundo do Direito. **1.4.** Densificação do conceito de Saúde. **1.5.** O “Ato Médico”. **1.6.** Do “efeito adverso” ao “erro Médico”. **Capítulo Segundo. 2.1.** Natureza da relação jurídica estabelecida entre o Médico e o Cliente. **2.2.** Natureza e âmbito das obrigações assumidas pelo Médico. **2.3.** A questão da responsabilidade civil médica. **Capítulo Terceiro. 3.1.** O Ato Médico e o contrato de prestação de serviço. **3.2.** O Ato Médico e o contrato de Empreitada. **Capítulo Quarto. 4.1.** O aggiornamento dialético. *4.1.1.* A tese. *4.1.2.* A antítese. *4.1.3.* A subsunção dos factos ao(s) Direito(s). **Capítulo Quinto. 5.1.** Da síntese a caminho das conclusões. *5.1.1.* A Síntese. *5.1.2.* Conclusão. **Notas de Fim. Bibliografia.**

## **Dedicatória/Agradecimentos:**

(H)À memória/saudade de meus Pais, Maria Margarida Coelho Marques da Costa Galheiro e Jaime Gaspar Galheiro; em referência a Ele, com

---

(\*) Dissertação apresentada no âmbito da Pós-Graduação em Responsabilidade Médica. Orientador: Doutor André Gonçalves Dias Pereira.

quem a última conversa que mantivemos foi exatamente sobre este trabalho, recordando/reconhecendo a dádiva do que sou.

A(os) meus Mestres — aos que já o foram; aos que o são e aos que o virão a ser — pela densa capacidade de fazerem despertar em mim o “espanto” reflexivo sobre as “coisas”<sup>(1)</sup> da Vida e do Direito.

À Zira, à Maria e à Ana, aos demais Familiares e às/aos Amigas/os, como reconhecimento por me ajudarem e aturarem.

A todos vós, sem exceção, esperando não vos desmerecer,  
O meu sincero e sentido bem-haja.

### **Sumário:**

Apresentação do trabalho, seus objetivos e metodologia usada.

O Direito e a Medicina: estudo da história da relação entre estas duas áreas do saber como prolegómeno da densificação do conceito de Saúde para o Direito, daí se autonomizando o de Ato Médico, percorrendo, depois, o percurso que vai do efeito adverso até ao erro médico, no trilho do risco da atividade Médica.

A relação Médico/Cliente: natureza da mesma, e natureza e âmbito das obrigações assumidas pelo Médico, a caminho da responsabilidade civil.

A atividade Médica, a responsabilidade civil e a inclusão de ambas nos contratos de prestação de serviço e de empreitada.

O *aggiornamento* dialético das teses em confronto e subsunção dos factos às mesmas.

Conclusão, respondendo à pergunta: o ato médico é uma empreitada?

### **Palavras-chave:**

Direito; Medicina; Saúde; Ato Médico; Ética e Deontologia Médicas; Risco; Incumprimento, Mora ou Cumprimento Defeituoso; Responsabilidade Civil Médica Extracontratual e Contratual; Obrigação de Meios e de Resultado; Contrato de Prestação de Serviços e Contrato de Empreitada.

---

(1) MANUEL DE ANDRADE, in *“Teoria Geral da Relação Jurídica”*, I, p. 199: *“coisa é tudo aquilo que de real ou fictício pode ser pensado pela nossa mente — tudo aquilo, em suma, que pode constituir objeto de representação intelectual”*.

## Introdução

### A) *Nota introdutória*

Irei utilizar, neste meu trabalho, dois tipos de “Notas”: as de “Rodapé” e as de “Fim”. As primeiras encontrar-se-ão no final de cada página, identificadas através de numeração árabe, delas constando referências bibliográficas e/ou outras, associadas a citações ou outras referências de conteúdo relevante para a compreensão sistemática do trabalho; já as segundas localizar-se-ão no final do texto, identificadas através da numeração romana, delas constando apenas referências bibliográficas.

### B) *Apresentação do tema e objetivos a atingir*

Na sequência da minha participação num Curso Breve de Pós Graduação em Responsabilidade Médica, ministrado pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, fui confrontado com a referência feita por alguns autores à possibilidade de qualificação de *empreitada*, do contrato celebrado entre o Médico e aquele que recorre aos seus serviços clínicos<sup>(2)</sup>.

---

(2) ANDRÉ DIAS PEREIRA, in “*O consentimento informado na Relação Médico-Paciente*”, Estudo de Direito Civil, Centro de Direito Biomédico, 9, pp. 37-38: “*deve-se recorrer às normas dos contratos de empreitada (se e na medida em que haja suficiente analogia)*”; J. FERNANDEZ COSTALES, in “*Contrato de servicios médicos*”, Madrid, 1998, pp. 69 e ss.: “*seriam contratos de prestação de serviços ou de empreitada conforme a obrigação do médico seja uma obrigação de meios ou de resultados, incluindo-se nesta categoria designadamente os contratos para a realização de análises clínicas e exames radiológicos. A qualificação como contrato de empreitada desperta menos objeções quando se trata de contratos que têm por objeto tratamentos dentários, em especial a colocação de próteses*”, apud CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, in “*Os contratos civis de prestação de serviço médico*”, Direito da Saúde e Bioética, 1996 (pp. 75-12), p. 86: deve recorrer-se às “*normas dos contratos de mandato ou de empreitada (se e na medida em que haja suficiente analogia)*”; MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, in “*Direito da Saúde*”, p. 186: “*a qualificação de certos atos médicos como prestação de serviço pode suscitar dúvidas quando o seu objeto se traduza, por exemplo, na colocação de próteses ou na realização de certos exames (vulgarmente análises laboratoriais). Nestes casos, para além do serviço, pode estar em causa algo próximo da empreitada [confrontar art. 1207.º do Código Civil], uma vez que envolve para o médico a realização de certa obra — produção ou transformação de uma coisa — em favor do paciente*”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, “*A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do*

As particularidades que esta questão traz, não só na sua abordagem dogmática, como nas repercussões práticas que daí naturalmente terão de advir, despertaram em mim o “espanto” reflexivo de tentar perceber essa qualificação, no sentido de responder à questão que dá estampa a esta monografia: *o ato médico é uma empreitada?*

Delimito, intencionalmente, este meu trabalho ao campo de atuação privado dos médicos (Medicina privada): analisar a prestação de serviços clínicos levada a cabo por médicos, quer no âmbito do exercício da sua liberdade de profissão, não integrados, portanto, em qualquer estabelecimento ou estrutura organizativa, quer enquanto elementos de uma estrutura ou organização, independentemente da sua designação (Clínica, Hospital ou Casa de Saúde), não integrada no Serviço Nacional de Saúde, nem compondo o denominado “Sistema de Saúde”<sup>(3)</sup>. E isto por que, relativamente à intervenção médica no âmbito do Serviço Nacional de Saúde ou do Sistema de Saúde, de acordo com a doutrina e jurisprudência dominantes, por se tratar de uma relação de serviço público, não se pode afirmar que o Utente celebra um contrato com o Médico que o assiste, nem com a instituição a que recorre, subordinando-se a responsabilidade advinda dessa relação ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado (Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro)<sup>(4)</sup>. Aliás, depois da publicação do Estatuto do Médico (Decreto-

---

*doente lesado*”, Centro de Direito Biomédico, 15, p. 72 (Nota 160): “*nalguns casos particulares, constitui um contrato de empreitada (por exemplo, quando há o fornecimento de uma prótese dentária)*”.

<sup>(3)</sup> Vide Base XII, n.º 1 da Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90 de 24 de agosto): “*o sistema de saúde é constituído pelo Serviço Nacional de Saúde e por todas as entidades públicas que desenvolvam atividade de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todos ou de algumas daquelas atividades*”.

<sup>(4)</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “*O consentimento informado...*”, p. 45 (Nota 69) e 46 (Nota 73), onde cita MARCELLO CAETANO, in “*Manual de Direito Administrativo*”, II, p. 398, SÉRVULO CORREIA, “*As relações jurídicas de prestação de cuidados de saúde*”, in *Direito da Saúde e Bioética*, AAFDL, 22-27; GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Estrutura jurídica do ato médico, consentimento informado e responsabilidade médica*”, in *Temas de Direito da Medicina*, Centro de Direito Biomédico, 1, p. 61 e SILVA CARNEIRO, “*Responsabilidade da Administração Hospitalar*”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XIX, pp. 123-305, sobre a questão de saber se se está perante uma *relação de serviço público*. Contra esta tese,

-Lei n.º 373/79, de 8 de setembro: art. 8.º, n.º 3), bem como da Lei do Serviço Nacional de Saúde (Lei n.º 56/79, de 15 de setembro: art. 12.º), o legislador veio pôr ponto final à querela doutrinária e jurisprudencial sobre a questão da competência em razão da matéria, fixando que o foro competente para dirimir os litígios existentes entre Utentes, Médicos e/ou Hospitais integrados no Serviço Nacional de Saúde, era o dos Tribunais Administrativos<sup>(5)</sup>.

Bem assim, o âmbito desta investigação está também delimitado ao “Ato Médico” praticado sobre pessoas vivas, dele se excluindo, também, aquele praticado no âmbito da investigação clínica.

Dito isto, para lograr chegar a bom porto, e tendo sempre em vista os limites autoimpostos e a intenção declarada de querer responder à pergunta colocada, a carta de navegação que usarei começará por uma abordagem à temática da chegada do Direito à Medicina, no sentido de explicar a razão de ser da ausência daquele no mundo desta, durante largos séculos da história recente da humanidade, bem como a conquista civilizacional que representou essa entrada.

De seguida, proponho-me dilucidar as áreas de atuação da Medicina em que o Direito poderá/deverá intervir, através da den-

---

advogando a responsabilidade contratual dos hospitais, *vide*: MOITINHO DE ALMEIDA, “A responsabilidade civil dos Médicos e o seu seguro”, in *Scientia Iurídica*, XXI, p. 352; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, “Responsabilidade Médica em Portugal”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 332, pp. 33-36; SINDE MONTEIRO, “Anotação ao Acórdão de 12 de novembro de 1996”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* n.ºs 3887, 3888, 3889, 3897, 3898 e 3900; ÁLVARO DIAS, in “*Procriação assistida e responsabilidade Médica*”, pp. 238 e ss.; J. ALCOFORADO SALDANHA, “Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de novembro de 1984 e ao do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de julho de 1985”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 48, respetivamente pp. 511 e ss., 529 e ss. e 537; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “A responsabilidade civil...”, pp. 67-69.

(5) ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “Procriação assistida ...”, p. 237: “significa isto que a ação deverá ser intentada no tribunal administrativo territorialmente competente e apenas contra a administração pública”, salvo se “os titulares dos órgãos, funcionários e agentes” forem “responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com diligência e zelo manifestamente inferiores àquelas que se encontravam obrigados em razão do cargo” (arts. 7.º e 8.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro: Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas).

sificação do conceito de “Saúde” para o Direito, do qual autonomizarei o de “Ato Médico”, daí partindo para a análise do percurso que vai do “efeito adverso” ao “erro Médico”, no trilho do risco da atividade Médica.

Partirei, então, para a análise e avaliação da relação que se estabelece entre o Médico e o Cidadão que a ele se dirige, tendo em vista a prestação de serviços clínicos: sujeitos dessa relação, seu objeto, direitos e obrigações, e tipo e natureza da responsabilidade civil dela advinda.

Aqui chegando, entrarei na descrição das características dos contratos de prestação de serviços e de empreitada e a sua relação (semelhanças e dissemelhanças) com o contrato celebrado entre o cidadão que recorre aos serviços clínicos e o Médico que lhos faculta.

Farei, então, um *aggiornamento* dialético das grandes linhas de pensamento, subsumindo cada uma delas às situações enquadráveis pela doutrina no contrato de empreitada.

Chegarei, depois, a águas que quero de mar chão, onde rematarei este trabalho com as conclusões a que cheguei, respondendo à questão que lhe dá título.

Já vai longa a apresentação.

Larguemos, pois, as amarra. Aventuremo-nos ao saber...

### **C) Metodologia usada**

A metodologia de investigação que irei usar é a *conceptual*, na categoria da *investigação conceptual integrativa* — integração da experiência prática com a pesquisa teórica, relativamente a conceitos determinados.

Os objetivos científicos da investigação conceptual são: **a)** — Análise e verificação da consistência lógica e compatibilidade com outros sistemas de formulação teórica dos conceitos; **b)** — Análise filosófica dos conceitos, isto é, análise da consistência teórica e derivabilidade do uso de um conceito num determinado campo conceptual; **c)** — Definição e compreensão alargada do significado e interesse operativo de um determinado conceito na prática (contexto histórico da origem do conceito; evolução histórica do con-

ceito; discussão crítica e eventual formulação de uma utilização diferente para o conceito em estudo).

As implicações práticas são: **1** — Compreensão das modificações históricas de determinados conceitos; **2** — Integração dos dados da experiência prática no processo de evolução conceptual da teoria jurídica (direção e sentido das mudanças conceptuais); **3** — Reforço da clareza e consistência teóricas na utilização jurídica e empírica dos conceitos[<sup>1</sup>].

## Capítulo Primeiro

### 1.1. *Do concreto: os factos*

Conforme resulta do teor da Nota 2, os “Atos Médicos” passíveis de ser qualificados como obrigações de resultados, designadamente os relacionados com a realização de análises clínicas, exames radiológicos, tratamentos dentários, fornecimento e colocação de próteses dentárias, poderiam integrar um contrato que visaria a realização de certa obra — produção ou transformação de uma coisa — em favor do paciente.

Isto é, a relação estabelecida entre o Médico e o Cidadão que a ele acorre, tendo em vista beneficiar dos seus serviços clínicos naquelas áreas, ou noutras cujos fins sejam de jaez suficientemente analógico, estaria subordinada ao regime do contrato de empreitada.

### 1.2. *... ao abstrato: os conceitos*

Partindo das premissas acima descritas, convido-vos a acompanharem-me nesta viagem que me proponho fazer, entrando no mar dos conceitos em que navegam os vários subtemas, tendo em vista levar esta “nau” a porto seguro, que permita dar a resposta ao *thema decidendum*.

### 1.3. *A Medicina: Da “Arte Silenciosa” ao mundo do Direito*

O Direito manifesta-se como *validade*. Não se manifesta e realiza apenas como *norma* (critério regulativo de uma racionalidade sistematicamente horizontal), nem simplesmente como *lex* (norma imperativamente prescrita), menos ainda como mero *imperativo* (tão só prescrição de um qualquer poder), e também não como *regra* convencionalmente aleatória ou *esquema* sistémico-social, mas como referente *fundamento* da intencionalidade e expressão axiológica-normativa a invocar na prática humana-social e em todos os juízos decisórios suscitados por essa prática<sup>[iv]</sup>.

Isto é, o Direito, enquanto “referente fundamento da intencionalidade e expressão axiológica-normativa” é ontologicamente extensível a todas as áreas onde se verifique “a prática humana-social”, onde sejam exigidos “juízos decisórios suscitados por essa prática”.

Por a nossa condição ser a de *homines dolentes* e de “seres para a morte”, “curar o mal, atenuar ou suprimir o sofrimento, evitar a morte iminente (...), foram objetivos que, desde as origens, o homem procurou com o ato médico. Vale por dizer: a indiferenciação era um dado nas comunidades primitivas, o que implicava (...) que todos se «curassem» mutuamente”<sup>[iii]</sup>.

A Medicina, como espaço de saber e de atuação na busca da preservação da Saúde Humana ou, noutra perspetiva, na luta contra a doença<sup>(6/7)</sup> ou enfermidade, acompanha a História da Humani-

---

(6) SUSAN SONTAG, in “*Illness as Metaphor and AIDS and its Metaphor*”, Nova Iorque, Picador, 1990: “*A doença é o lado sombrio da vida, uma cidadania mais onerosa. Todos os que nascem têm uma dupla nacionalidade: a do reino da saúde e a do reino da doença, e apesar de todos preferirmos o passaporte bom, mais tarde ou mais cedo, todos somos obrigados a identificarmo-nos com aquele «outro lugar», nem que seja por um curto espaço de tempo*”, apud SIDDHARTHA MUKHERJEE, in “O Imperador de todos os males”.

(7) SÉRGIO PAULO, SUSANA MENDES, RICARDO VIZINHO, ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, “*Testes diagnósticos, probabilidades pré-testes e pós-testes e a sua utilização na prática clínica*”, in Revista Portuguesa de Cardiologia, Vol. 23, setembro 2004, p. 1189: “*Uma qualquer pessoa tem uma probabilidade real de ter uma determinada doença, e isto para todas as doenças conhecidas, sendo essa probabilidade inicial, para cada uma das doenças, igual à prevalência das doenças em toda a população humana*”.

dade<sup>[IV]</sup>, apesar de num determinado tempo histórico se ter escrito que os médicos eram “homens que receitam medicamentos sobre os quais pouco sabem, para curar doenças sobre que sabem ainda menos, em pacientes sobre quem nada sabem”<sup>[V]</sup>.

Constata-se porém que, a esta tendência hegemónica do Direito, a Medicina, enquanto arte, desde a sua origem<sup>(8)</sup> até ao século XIX, e ciência, desde aí<sup>(9/10)</sup> até aos nossos dias, colocada ao serviço da integridade do doente e com o objetivo de intervenção apenas para benefício do doente, viveu, séculos e séculos, sob o manto que já foi designado de “Arte Silenciosa”<sup>(11)</sup>.

A perspetiva que se tinha, quer do exercício da Medicina, quer da própria doença, era sagrada<sup>(12)</sup>.

---

(8) FARIA COSTA, *op. cit.*, “*Em redor ...*”, pp. 128-129: “*quando, nos princípios dos tempos, o ato de cuidar, o ato de curar começa a ser atribuído a um determinado segmento social: aos sacerdotes. Esse momento representa (...) o ponto de viragem em que aos atos universais do cuidar mútuo a comunidade assume que há atos que, pela sua gravidade ou mistério, só os sacerdotes podem curar*”.

(9) HÉLDER RAPOSO, “*Risco e Incerteza no pensamento biomédico: notas teóricas sobre o advento da quantificação e da prova experimental na Medicina moderna*”, in *Análise Social*, XLIV, 2009, pp. 747-765; p. 751: “*É fundamentalmente a partir do Século XIX que se assiste a uma reorganização profunda do saber médico e da sua prática, em particular ao nível dos seus objetivos, conceitos e métodos, que passam a configurar um novo tipo de Medicina (científica) fundada na objetividade e em medições instrumentais de quantidade*”.

(10) PAULO CUNHA E SILVA, in <[http://www.ciencia20.up.pt/index.php?option=com\\_content&view=article&id=518:arte-e-ciencia-a-mesma-inspiracao-a-mesma-aspiracao&catid=8:interno](http://www.ciencia20.up.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=518:arte-e-ciencia-a-mesma-inspiracao-a-mesma-aspiracao&catid=8:interno)>: “*Na Arte e na Ciência, a inspiração e a aspiração são as mesmas*” Apesar disso, “*Arte e Ciência têm metodologias e mecanismos de legitimação completamente diversos. A Ciência precisa da prova; a Arte dispensa a prova. Aliás, o que nós procuramos na obra de Arte é que ela não seja provável, é que ela seja original. Na Ciência, embora a descoberta tenha de ser original, tem de ser provada. Só se for reprodutível e verificável é que pode aparecer como válida e verdadeira, enquanto a Arte vive justamente do contrário, da circunstância de não ter de se provar*”.

(11) VIRGILIO chamava à Medicina “*muta ars*”: DIEGO GARCIA in “*Fundamentos de Bioética*”, Madrid —, Eudema, 1989, p. 51, *apud* GUILHERME DE OLIVEIRA, “*O Fim da “Arte Silenciosa”*”, in *Temas de Direito da Medicina*, Centro de Direito Biomédico, 1, p. 114.

(12) Isto, apesar de o Código de Hamurabi, cerca de 1000 anos antes de Cristo, ter constituído a primeira positivação conhecida de regras que disciplinavam a relação médico-paciente, condenando o médico à amputação das suas mãos em caso de morte do doente; do agravamento das sanções aplicáveis ao Médico verificado no Antigo Egipto: no caso de morte do doente não escravo ou de violação do livro sagrado de “Hermes”, independentemente do resultado que se viesse a produzir, podia ser condenado à morte; de,

Na verdade, “a responsabilidade civil do médico nunca foi uma responsabilidade jurídica, como hoje a conhecemos. Porque o médico não desempenhava uma tarefa vulgar. O médico era uma espécie de sacerdote que fazia um juramento religioso para entrar num grupo fechado de homens sagrados. Os médicos, (...) estiveram sempre tão próximo do divino quanto a própria doença.

Toda a caminhada do sofrimento humano garantiu à Medicina um estatuto superior, estabilizado, que não se compadecia com a humana prestação de contas”<sup>[vi]</sup>. O médico era alguém que desempenhava uma função que se distinguiu das simples operações ou artes mecânicas, situando-se a níveis mais altos da hierarquia social<sup>[vii]</sup>.

Tanto assim era que o juramento de Hipócrates impunha aos profissionais que praticassem a Medicina que não revelassem os conhecimentos dessa Arte a quem não tivesse feito tal juramento: “as coisas sagradas não se revelam senão aos homens sagrados; é proibido comunicá-las aos profanos porque não foram iniciados nos mistérios da ciência”<sup>[viii]</sup>.

No que tange a Portugal, de acordo com os quadros histórico-antropológicos do nosso povo, por sermos um país de “brandos costumes” com acentuada “mistificação dos médicos”<sup>[ix]</sup>, havia como que um “sebastianismo dos médicos”<sup>[x]</sup>.

Perante este quadro, o Direito, enquanto superestrutura do poder, emanação de uma consciência axiológico-normativa de uma determinada comunidade num concreto tempo histórico, não se imiscuiu nas questões que pudessem advir do exercício dessa Arte, quiçá dando relevância à preocupação lapidarmente expressa nos seguintes termos: “a questão da responsabilidade médica é largamente prejudicada pela invasão do direito”<sup>[xi]</sup>.

Porventura a história, a antropologia e a sociologia nos permitam introduzir outros vetores de análise que ajudem a compreender

---

também no Direito Romano, se encontrar consagrada a responsabilidade médica em caso de morte do doente imputável à falta de conhecimento ou insuficiência do clínico; ou do juramento de Hipócrates: vide MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “Direito da Saúde”, p. 11; ÁLVARO DIAS, “Responsabilidade, Informação, consentimento e confidencialidade” in Revista Portuguesa do Dano Corporal, III, 4, p. 10; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “A responsabilidade civil...”, p. 27/30.

melhor este fenómeno de “irresponsabilidade”, melhor dizendo, do seu *términus*.

Talvez não estejamos muito longe da verdade se afirmarmos que o quebrar das grilhetas da “Arte do Silêncio” se começou a dar quando, histórico-socio-antropologicamente, a Medicina começou a ter um maior relevo ao nível das relações de poder.

Efetivamente, durante séculos e séculos, a vida e a liberdade dos súbditos estava nas mãos da superestrutura do poder político. Era o Rei, ou a Igreja, quem, respetivamente para as questões terrenas e para as divinas, mandava prender e matar, e quem podia, “clementemente”, restituir a liberdade ou evitar a morte.

Após a Revolução Francesa, com a conquista do poder pela burguesia e a afirmação do postulado revolucionário da separação dos poderes, aquele poder saiu da esfera de competências do Rei e da Igreja, passando a ser exercido pelos Tribunais<sup>(13)</sup>.

Será a partir desse momento histórico, e até aos dias de hoje, mas com maior incidência a partir do século XIX, fruto das consequências derivadas daquele processo revolucionário e do desenvolvimento científico que entretanto se tem vindo a verificar, que a Medicina começou a aparecer como um verdadeiro “poder”, pois passou a ser-lhe reconhecida a competência, designadamente, para definir os critérios científicos determinantes para a qualificação de inimputabilidade, de perigosidade, de incapacidade negocial, de interdição, de incapacidade para o trabalho, de doença profissional; para praticar os atos que levam a que a mulher que aborte não cometa um crime ou quem execute uma intervenção cirúrgica também não comete crime algum; a definir *soft laws*<sup>[xii]</sup> concretizadas das regras da *leges artis*<sup>(14)</sup> e, posteriormente, para elaborar os

---

(13) SALVADOR DA COSTA, “*Organização Judiciária*”, in Revista da Ordem dos Advogados, 73, II/III, pp. 435 e ss., onde o autor, através da evolução histórica da organização judiciária, demonstra o processo de autonomização, credibilização e afirmação de poder, do Poder Judicial enquanto tal.

(14) VAZ RODRIGUES, in “*O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*”, Centro de Direito Biomédico, 3, p. 71: “*leges artis está reservada para aquelas regras específicas da Medicina, como corpo científico que habilita a prática da arte de curar as pessoas*”; PINTO DE OLIVEIRA, “*Responsabilidade civil em instituições privadas*”;

pareceres periciais que permitirão aplicar esses critérios aos casos concretos<sup>(15)</sup>. O Médico começa a ter poderes sobre a vida, a liberdade e a autodeterminação negocial dos Cidadãos, que ultrapassam o conteúdo e limites dos que tradicionalmente lhes eram reconhecidos.

---

*de saúde*”, in Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, 11, p. 243, onde escreveu que o relatório explicativo da Convenção sobre os Direitos do Homem e a BioMedicina emprega o conceito de “*estado da arte*” para designar a atual situação da ciência e da técnica: “*o estado da arte determinaria as capacidades e as competências que devem esperar-se de um profissional de saúde na realização do seu trabalho*”; JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZALEZ/ANDREA MACÍA MORILLO, “*La responsabilidad médica en el Ordenamiento español*”, in Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, p. 40: “*el conjunto de saberes acumulados en cada actividad profesional médica, a través de los que se define el modo usual y comprobado de realizar las actividades de dicha profesión. La definición de lex artis a un conjunto de saberes de cada profesión remite a un triple contenido, integrado por los conocimientos médicos o científicos del ámbito concreto de cada actividad, las técnicas aplicables en el desarrollo de cada profesión y los conocimientos de tipo «de terto com el paciente»*”; MARIA LUÍSA NETO, in “*A infeção por HIV resultante de transfusões de sangue contaminado no contexto da responsabilidade extracontratual do Estado*”: “*métodos e procedimentos comprovados pela ciência médica, que dão corpo a standards contextualizados de atuações, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica como os mais adequados e eficazes*”, apud VERA LÚCIA RAPOSO, in “*Do ato médico ao problema jurídico*”, p. 45: “*a definição de leges artis resulta em grande parte das normas do Código Deontológico da Ordem dos Médicos que (...), acaba por assumir um papel preponderante na conformação da conduta médica. A violação de protocolos, guidelines, reuniões de consenso e de normas legais especialmente atinentes à atividade médica é também suscetível de indicar violação da leges artis*”.

<sup>(15)</sup> No Processo Civil continua a valer a máxima de que o Juiz é o Perito dos peritos, fruto do disposto no art. 389.º do Código Civil: “*a força probatória da resposta dos peritos é fixada livremente pelo Tribunal*”, embora CARLOS PEREIRA GIL, “*Da Prova Pericial*”, p. 9, in Centro de Estudos Judiciários, defenda que “*estamos em crer que aquelas teses não têm inteiro cabimento na atualidade face à crescente especialização dos mais variados domínios científicos. A nosso ver, um juiz que não disponha de conhecimentos especiais na área a que respeita a perícia, e salvo erros grosseiros, não está em condições de sindicarem o juízo científico emitido pelo perito*”. Sobre a possibilidade do juiz poder utilizar os seus conhecimentos técnicos para sindicarem o juízo científico do perito diz aquele autor que “*é questionável esta possibilidade (...). De facto, pode entender-se que tal utilização de conhecimentos especiais colide com o dever de imparcialidade do julgador, gerando a confusão entre o seu estatuto de julgador e de meio de prova*”. Prossegue o mesmo autor: “*por isso, parece-nos bem mais ajustada às atuais realidades da vida, a norma do Código do Processo Penal relativa ao valor da prova pericial (art. 163.º, n.º 1 — presunção de que o juízo técnico, científico ou artístico está subtraído à livre apreciação do julgador). Na nossa perspetiva, é ao nível dos dados de facto que servem de base ao parecer científico que o juiz se acha em posição de pôr em causa o juízo pericial*”.

Considerando esta duradoura interação entre o Direito e a Medicina, podemos distinguir “três patamares em que ela se foi sucessivamente manifestando: num primeiro, no âmago do qual a Medicina socorreu o direito, fornecendo-lhe conhecimentos necessários para resolver questões jurídicas ou para decidir pleitos que são levados a juízo (...); num segundo patamar, o sentido de movimento é inverso, sendo o direito que se debruça sobre a atividade médica, no afã de a regular (...); numa terceira plataforma, o legislador emana diplomas em que são traçadas diretrizes para o desenvolvimento da atividade médica (...) e criadas as condições propícias para a prossecução de objetivos que a Medicina visa cumprir (...)”<sup>[xiii]</sup>.

Posto isto, “foi preciso esperar pela superação do conceito helenístico de pessoa, pela afirmação do indivíduo como ser moral autónomo, pela definição de uma teoria dos direitos fundamentais, pelo progresso das ciências médicas, para que a atitude social perante os médicos mudasse”<sup>[xiv]</sup>.

Para além disso, e paralelamente a esse fenómeno, começou a verificar-se um crescendo social na atuação médica, pois que assumir que a saúde é um direito fundamental, implica considerar as transformações por que têm passado, durante as últimas décadas, as concepções do que é a saúde e, em particular, a ampliação do conceito de saúde.

Estas transformações, por sua vez, não podem ser dissociadas das mudanças nos saberes sobre a saúde e nas práticas científicas e profissionais neste campo, nem da emergência de uma diversidade de formas de governar a vida (biopoder), de reconfigurar relações sociais a partir de afinidades ou partilhas de características associadas à biologia (biossociabilidade) e da constituição da “vida em si mesma” como fonte de valores e de acumulação de capital.

A saúde transformou-se, assim, num bem valioso, transacionado no mercado, que promete uma vida mais longa e com mais qualidade a quem estiver disposto a vincular a sua vida ao complexo médico-industrial, tornando-se um “doente em suspenso”, responsável pela procura das suas suscetibilidades a problemas de saúde e à renúncia e à denúncia de comportamentos de risco<sup>[xv]</sup>.

Vivemos hoje um “orwelliano” regime que já foi definido como de “saúde persecutória”<sup>[xvi]</sup>, de “cidadania sanitária”<sup>[xvii]</sup>, ou

de “quarentena invertida”<sup>(16)</sup>. Já em 1977 J. H. KNOWLES, cardiologista e presidente da Fundação Rockfeller, afirmava que a noção de direito à saúde deveria ser substituída pela “obrigação moral”, uma espécie de dever público que cada um teria de preservar a sua saúde<sup>[xviii]</sup>. Nesse sentido, o n.º 1 da Base V da Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de agosto) expressamente preceitua que “*os cidadãos são os primeiros responsáveis pela sua saúde, individual e coletiva, tendo o dever de a defender e promover*”. “Poder--se-á afirmar (...) que todos somos médicos”<sup>[xix]</sup>.

“O *homo medicus* encontra-se, por definição, e de maneira permanente, numa situação “infrapatológica”, ou, quando apresenta certas predisposições ou fatores de risco, na condição de “doente saudável”, assintomático ou pré-sintomático. Que fatores permitem promover estas formas de subjetivação? Desde logo a subordinação dos cidadãos à autoridade dos especialistas, legitimada pelo saber biomédico”<sup>(17)</sup>.

Vivencia-se, nestes tempos, um fenómeno de “biomedicalização da saúde, isto é, a crescente importância e centralidade dos saberes das ciências na vida, na definição e gestão da saúde, com a concomitante promoção de monoculturas dos saberes e práticas da saúde, associada principalmente à molecularização e geneticização da Medicina”<sup>[xx]</sup>.

Surge uma “nova economia política da saúde com a emergência de novas formas de biocapital ligadas ao encontro entre as bio-

(16) ANDREW SZASZ, 2008, in “*Shopping our Way to Safety: How We Changed from Protecting the Environment to Protecting Ourselves*”, Minneapolis: University of Minnesota Press, *apud* JOÃO ARRISCADO NUNES, *op. cit.*, “Saúde, direito...”, p. 147: «em lugar de se bater por políticas públicas que defendam o ambiente, cada pessoa procura-se proteger a si própria, tornando-se consumidora de água engarrafada, protetor solar ou “produtos verdes”».

(17) JOÃO ARRISCADO NUNES, *op. cit.*, “Saúde, direito...”, p. 148. Para o mesmo resultado concorre, também — como mostram PHILIPPE PIGNARRE (2001), in “*Comment la dépression est devenue une épidémie*”, Paris: La Découverte, e ANDREW LAKOFF (2008) “*The Right Patients for the Drug: Pharmaceutical Circuits and the Codification of Illness*” in J. HACKETT *et al.* (orgs.) *The Handbook of Science and Technology Studies*. 3.<sup>a</sup> ed., Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 741-59 —, a propósito das doenças do foro psiquiátrico, a produção de medicamentos e de tecnologias biomédicas para os quais são, depois, procurados doentes e as doenças “*apropriados*”. No mesmo sentido ver, do mesmo autor e obra, pp. 146/148.

tecnologias, o capital de risco e as grandes empresas farmacêuticas, e o surgimento de novos tipos de organização que transformam os médicos e outros profissionais da saúde em acionistas ou assalariados, cada vez mais afastados da conceção tradicional da Medicina liberal e da sua deontologia”<sup>[xxi]</sup>.

Encontramo-nos, assim, perante a emergência de uma política da “vida em si mesma”<sup>[xxii]</sup>, centrada na vida como fenómeno biológico, associada às crescentes capacidades de diagnóstico, de vigilância e de intervenção nos processos biológicos, com implicações nas formas de poder, de governo, de socialidade e de subjetivação, mas também de mobilização coletiva<sup>[xxiii]</sup>.

“Estamos hoje em dia «psicologicamente impreparados para o declínio, a deficiência, a doença e até a morte»<sup>[xxiv]</sup>, por que trocamos a tradicional e óbvia vulnerabilidade da condição humana por um sentimento generalizado de imortalidade clinicamente sustentada”<sup>[xxv]</sup>. A Medicina é vista como a “varinha mágica” da vida eterna, e o nosso comportamento, através da procura do controle do corpo e do seu ambiente, ou, por outras palavras, da “domesticação da incerteza”<sup>[xxvi]</sup>, visa assegurar esse impossível infinito, na premissa de que, na exonerabilidade do decesso, imporemos a nós mesmos modos de vida compatíveis com o paradigma de uma vida saudável, para podermos vir a ter uma morte saudável.

Hoje, com a “ditadura da prevenção” multiplicam-se os campos de atuação da Medicina. Depois, “à luz do espírito mercantilista dominante, a atividade médica assume-se como uma atividade económica dirigida à obtenção de lucros. Esta perspetiva lucrativa provoca a dessacralização da prática médica e a desmistificação da profissão e dos respetivos profissionais”<sup>[xxvii]</sup>. Uma desmistificação da “bata branca”<sup>[xxviii]</sup>.

É este novo paradigma de intervenção sociopolítico da Medicina, associado a uma “democratização do saber”<sup>[xxix]</sup>, que, paulatinamente, foi mudando a consciência axiológico-normativa das concretas pessoas que compõem as sociedades com um modo de vida igual ou semelhante ao que se vive em Portugal, relativamente a essa Arte/Ciência, ao ponto de hoje não só se ter afastado o receio da intervenção do Direito, como, antes pelo contrário, se exigir essa mesma intervenção em defesa de valores tão imprescindíveis

como os da liberdade, da vida e da integridade psicofísica, apesar de “os médicos encarar[e]m geralmente como uma injustiça ou como uma incompreensão social a aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil à sua atividade”<sup>[xxx]</sup>.

“O médico deixou de estar imune à crítica e à responsabilidade, que numa sociedade plural e aberta se afirma mais, na sua face jurídica”<sup>[xxxi]</sup>(18). “E agora, para os médicos, o silêncio ... acabou-se”<sup>(19)</sup> deixando de fazer sentido o provérbio antigo: “a terra tapa os erros dos médicos”. A libertação das grilhetas do passado deu origem a um aumento considerável de ações de responsabilidade profissional médica, com uma ampliação dos quantitativos ressarcitórios judicialmente fixados, simbolicamente denominado de estado de “febre de responsabilidade médica”<sup>[xxxii]</sup>.

#### 1.4. *Densificação do conceito de Saúde*

Prossigamos esta reflexão, entrando, agora, num outro patamar de análise: o da densificação do conceito de Saúde, na perspetiva da atividade médica relevante para o Direito.

“A degradação do corpo vital opera-se, sobretudo, pela doença. Pelo ruído orgânico. E é precisamente neste ponto que se intromete o ato de curar, o ato de cuidar. Aquilo que, de uma forma simples mas nem por isso menos rigorosa, faz com que prolonguemos a vida e afastemos a morte”<sup>(20)</sup>.

A Medicina, na prossecução desse fim que lhe é imanente, o de permitir que o homem possa viver com saúde, tem visto as fron-

(18) JOSÉ FRAGA/LUIS MARTINS, in “O Erro em Medicina”, p. 16: “À Medicina de hoje não basta ser competente, exige-se-lhe que prestes contas e que estas sejam visíveis (...)”.

(19) ÁLVARO DIAS, “Culpa Médica: algumas ideias força”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, IV, 5, pp. 15/16: “a eclosão da responsabilidade médica está intrinsecamente ligada à mudança qualitativa das relações entre o médico e o doente, isto é, a uma massificação na prestação de cuidados médicos, com a consequente rutura da ancestral relação de fídicia (quase afetiva) entre o médico e o doente”; GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, “O fim da arte ...”, p. 114.

(20) FÁRIA COSTA, *op. cit.*, “Em redor ...”, p. 128: “Curar é lutar contra “Atropos”; é fazer com que esta terrível deusa chegue mais tarde a cortar o fio da vida”.

teiras do seu campo de atuação alargarem-se. Assim, a uma intervenção primária, onde se integra o trabalho das equipas de saúde que atuam no sentido de promover e proteger a saúde, seguiu-se uma intervenção secundária que visa a prevenção e o tratamento de doenças, a que acresceu uma intervenção terciária cujo objetivo é a promoção da reabilitação e da reinserção social, terminando-se com uma intervenção quaternária onde se promove o acompanhamento dos processos de morte (cuidados paliativos).

Consequentemente, assiste-se a um redesenhar da perspetiva que se tem sobre a saúde e a intervenção Médica, cada vez menos associada à naturalidade/normalidade do corpo e cada vez mais ligada à normatividade da pessoa, ao que do nosso corpo/nossa saúde queremos, à capacidade de cada um para levar a cabo um projeto de saúde, um compromisso com a existência<sup>[xxxiii]</sup>.

A Saúde é, pois, um fator essencial da/na vida humana e um valor base que supera todos os outros, ao longo da existência de cada indivíduo, na criação de bem-estar, de capacidade de trabalho e de felicidade pessoal<sup>[xxxiv]</sup>, sendo definida pela Organização Mundial de Saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não, simplesmente, a ausência de doença.

Acontece que esta definição é demasiadamente abrangente, nela se integrando várias áreas do saber e da atuação humana, para além da Medicina<sup>(21)</sup>, pelo que se impõe que seja depurada.

---

(21) JOÃO ARRISCADO NUNES, *op. cit.*, “Saúde, direito...”, p. 154: “uma definição ampliada de saúde pode assumir significados diferentes e materializar-se em práticas, formas de organização, formas de poder e de socialidade diferentes”; JOÃO CARLOS LOUREIRO, “Direito (à proteção) da saúde”, in Estudos em Homenagem ao Doutor Marcello Caetano, Coimbra, 2007, pp. 25/26: “A verdade da interdependência entre o bem saúde e um conjunto de dimensões sociais, que estão na raiz da definição, não podem fazer esquecer a insustentabilidade e a inoperacionalidade, em muitos domínios, desta noção holística: tão secular versão do céu aponta para uma ideia de «doença permanente»”, *apud* MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “Direito da Saúde”, p. 20: “a identificação da saúde com um “estado completo de bem-estar” retira operacionalidade jurídica ao conceito de saúde e condena a tentativa da sua definição para um subjetivismo insondável. Na verdade, falar em completo estado de bem-estar significa quase confundir o estado de saúde com o estado de felicidade e tornaria o Direito da Saúde em «ciência oculta». Por outro lado, a introdução do elemento bem-estar social na definição do conceito de saúde convoca também alguns problemas no sentido da sua delimitação”.

Dito isto, e na continuação da rota onde navegamos, seguiremos de perto a avaliação de três conceitos que, embora intrinsecamente interligados, correspondem a dimensões dogmáticas distintas: de saúde; de direito à saúde e de direito da saúde<sup>(22)</sup>.

“O Direito à saúde pode ser configurado como um direito de personalidade, claramente autónomo em relação ao direito ao ambiente e ao direito de propriedade, ou seja, direito personalisticamente personalizado, já que a sua tutela representa uma condição essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade. A saúde será tanto um bem unitário, a tutelar não só a integridade física, mas também psíquica, quanto autónomo e promocional, a visar não só a eliminação da doença ou da malformação física, outrossim, num aspeto dinâmico (que não tão só de conservação ou ressarcimento patrimonial) enquanto equilíbrio reflexivo ou de bem-estar, que possa consentir um harmónico desenvolvimento da personalidade, nos termos da cláusula geral consignada no art. 70.º, n.º 1 do Código Civil”<sup>[xxxv]</sup>.

Já o Direito da Saúde será “o sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que têm a saúde por objeto imediato ou mediato e regulam a organização e funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde”<sup>[xxxvi]</sup>; ou o “conjunto de normas que visa assegurar esse estado, a sua realização e manutenção, conferindo instrumentos para tal garantia”<sup>[xxxvii]</sup>; ou “o conjunto de regras aplicáveis às atividades cujo objeto é a restauração da saúde humana, a proteção e a prevenção da sua degradação”<sup>[xxxviii]</sup>, abrangendo todos os atos que têm lugar no “*circuit de la santé*”, desde a prevenção ao tratamento<sup>[xxxix]</sup>; ou “o conjunto de regras e princípios que disciplina as relações jurídicas sanitárias ou de saúde” que “têm por objeto as atividades de prestação de cuidados de saúde — destinadas à prevenção de doença, ao tratamento ou à reabilitação da pessoa — e as atividades de promoção e de preservação da saúde pública”<sup>[xl]</sup>.

Isto posto, poderemos concluir que, na perspetiva da atividade médica relevante para o Direito, Saúde engloba a atividade que

---

(22) MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “Direito da Saúde”, p. 19: “falar em Direito da Saúde implica também fornecer um entendimento do conceito de saúde”.

visa a prevenção da doença, a prestação de cuidados destinadas ao tratamento ou à reabilitação, com o objetivo de alcançar “o equilíbrio basicamente não alterado das condições físico-psíquicas prévias”<sup>[XLI]</sup>, bem como a dignificação/humanização do fim da vida.

### 1.5. O “Ato Médico”<sup>(23)</sup>

“Curar o mal, atenuar ou suprimir o sofrimento, evitar a morte iminente, tais foram os objetivos que, desde as origens, o homem procurou com o ato médico”<sup>[XLII]</sup>. Mas “o que é que o chamado ato médico tem de tão específico, de tão poderoso, de tão próprio e essencial que mereça todo o esforço sério e empenhado de tanta e tanta gente a pensar para a sua definição? (...) Dir-se-á que o «ato médico» arrasta consigo relevantes consequências sociais”<sup>[XLIII]</sup>.

Embora o homem viva sem que se encontre legalmente definido o que é o “ato existencial”, a verdade é que “tem todo o sentido, para mais em sociedades organizadas em forma estadual e hoje tidas como híper-complexas, ver atribuídas certas e determinadas tarefas ou funções a segmentos sociais particularmente diferenciados. Tem todo o sentido que o Estado assuma que a realização da saúde (...) deva ser (...) levada a cabo por aqueles a que o próprio Estado dá o título, dá a «licença» para o exercício da Medicina”<sup>[XLIV]</sup>.

A Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de agosto), na sua Base XXXII, n.º 2, deixou dito que “é definido por lei o conceito de ato médico”.

Na sequência, em 1999, foi aprovado na Assembleia da República o projeto de uma lei que definia o conceito de ato médico, que acabou por não ser publicada, pois o Presidente da República vetou-a.

Assim, embora a Lei de Bases da Saúde, aprovada pelos Deputados da República, lhes tenha imposto a injunção de aprovarem

---

(23) Preferimos esta denominação à de “Competência Médica”, que na sociologia começou a aparecer, mesmo sabendo da cacofônica polissemia de origem corporativa, que invadiu concetualmente a definição de “Ato Médico”.

uma lei que definisse o conceito de “Ato Médico”, a verdade é que estes representantes do Povo, 24 anos após, ainda não o fizeram.

Apesar de não estar fixado, na lei portuguesa, o conceito de “Ato Médico”, tal não é impeditivo de se dar um contributo para a superação dessa lacuna.

Nesse sentido, socorrámo-nos do que estava previsto no diploma legal vetado, mormente no seu art. 1.º, que prescrevia que “constitui ato médico a atividade de avaliação diagnóstica, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas relativas à saúde das pessoas, grupos ou comunidades (n.º 1)<sup>(24)</sup>. Já o n.º 1 do art. 2.º tinha a seguinte redação: “O exercício do ato médico é da competência dos licenciados em Medicina regularmente inscritos na Ordem dos Médicos (...)”.

Antes deste diploma legal o “Ato Médico” encontrava-se definido no art. 26.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos<sup>(25)</sup>, segundo o qual “o Médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se por esse facto à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a Saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do Ser humano”<sup>(26)</sup>.

Isto posto, em qualquer um destes diplomas o “Ato Médico” é caracterizado por implicar: **I** — Uma relação pessoal — é um ato que deve ser executado por um médico<sup>(27)</sup> em favor de pessoas,

---

<sup>(24)</sup> ESPERANÇA PINA, *op. cit.*, “Ética, ...”, p. 136: “O ato médico é constituído pelo diagnóstico, prognóstico e prescrição e execução de medidas terapêuticas relativas à saúde das pessoas, grupos ou comunidades”.

<sup>(25)</sup> Publicado na Revista da Ordem dos Médicos, 1981, n.º 6, pp. 1 e ss. Presentemente, art. 31.º do aludido Código, na versão aprovada pelo Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro, publicado na segunda série do Diário da República, n.º 8, de 13 de janeiro de 2009.

<sup>(26)</sup> EDUARDO DANTAS, “O inadimplemento do contrato de serviços médicos”, in Estudos sobre Incumprimento do Contrato, p. 61: “dentre as obrigações do médico, uma das principais — e talvez a mais óbvia — é o dever de cuidar, desenvolvendo atos profiláticos, preventivos ou terapêuticos, buscando conservar, ou recuperar uma condição de saúde, ou minimizando os efeitos de uma doença”.

<sup>(27)</sup> Quer o médico pratique o “Ato” em sede da Medicina convencional, quer não-convencional.

grupos ou comunidades; **II** — Um objeto — através da avaliação diagnóstica<sup>(28)</sup>, prognóstica e de prescrição e execução de medidas terapêuticas<sup>(29)</sup>; **III** — Um fim — através do tratamento, a promoção ou restituição da saúde, o suavizar dos sofrimentos, a salvação ou prolongamento da vida<sup>[XLV]</sup>.

Assim, o Médico quando exerce a sua atividade profissional, tendo em vista a prestação de cuidados de saúde destinados à prevenção, ao tratamento ou à reabilitação, ou à suavização dos sofrimentos, tudo isto com o objetivo de preservação da vida com qualidade e dignidade, pratica “Atos Médicos”.

O “Ato Médico” incide, assim, quase e sempre sobre um doente<sup>[XLVI]</sup>, embora, possa recair sobre quem não padeça de qualquer patologia, (acompanhamento médico de grávidas sem qualquer patologia), e visa, sempre, uma finalidade terapêutica<sup>(30)</sup>, preventiva, curativa ou paliativa, devendo o Médico empregar os mais amplos conhecimentos aprofundados e as técnicas inovadoras adequadas, já que a sua obrigação apresenta “um conteúdo enrique-

---

(28) ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, “Características diagnósticas dos testes: sensibilidade, especificidade, valores preditivos e likelihood ratios”, in Revista Portuguesa de Cardiologia, Maio de 2011, Vol. 30, p. 552: “o processo diagnóstico envolve inicialmente uma estimativa probabilística de doença, que se consegue definir através de dois passos fundamentais: **1.** — Uma avaliação clínica da situação, através da história e do exame físico, que fornece uma probabilidade pré-teste — a prevalência da doença; **2.** — A requisição dos testes diagnósticos que entendemos como necessários e cujos resultados nos permitem fazer variar essas mesmas probabilidades, até atingirmos um limiar em que excluimos ou inferimos um diagnóstico. A primeira parte do processo de diagnóstico (...) consiste na identificação do grupo de sinais e sintomas. O clínico experiente organiza de seguida mentalmente uma lista de doenças prováveis (lista probabilística), ou que possam ter consequências graves se não tratadas (lista prognóstica) ou ainda que sejam mais sensíveis ao tratamento (lista pragmática), selecionando a melhor explicação para os problemas do doente — a chamada hipótese principal, também designada por diagnóstico provisório (...)”.

(29) SÉRGIO PAULO, SUSANA MENDES, RICARDO VIZINHO, ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, *op. cit.*, “Testes diagnósticos ...”, p. 1189: “no dia a dia da sua prática clínica, o médico quando perante um doente, e de forma mais ou menos automatizada, avalia as suas queixas, os sinais e os resultados dos testes complementares, de modo a poder chegar a um diagnóstico, conhecer o curso da doença (prognóstico) e escolher a terapêutica mais correta”.

(30) ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “O consentimento informado...”, p. 109: “os tratamentos sejam entendidos «com a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal ou perturbação mental»” (referindo-se às intervenções cirúrgicas nos termos previstos no art. 150.º do Código Penal).

cido, que se traduz no dever de aproveitamento das possibilidades (*rectius* chances) de que o paciente dispõe de sucesso terapêutico, empregando a bagagem de meios (científicos e técnicos) com que ele — profissional — está apetrechado<sup>(31)</sup>. O médico obriga-se, não só, a não prejudicar, mas sobretudo a «agotar (...) uma acreditada possibilidade médica» de êxito”<sup>[XLVII]</sup>.

Esta noção leva-nos a uma distinção entre a Medicina curativa e a Medicina voluntária. Neste tipo de Medicina (na voluntária), aquele que, por deleite próprio ou capricho, recorre a um Médico, não visa deste a prestação de serviços clínicos para prevenir ou curar uma qualquer patologia (de que não padece), nem a atuação do Médico visa um fim terapêutico, preventivo, curativo ou paliativo. São exemplos deste tipo de Medicina as transformações estéticas ou na atividade sexual<sup>(32)</sup>. Semelhante a este tipo de situações são aquelas em que é um Médico quem faz tatuagens, coloca piercings ou realiza depilações<sup>(33)</sup>. Por assim ser, embora seja um Médico quem vai satisfazer as vontades do Cliente, o(s) ato(s) que ele vier a praticar nesses serviços que vai prestar não se enquadram no conceito de “Ato Médico”.

Para que a história não se apague, também não foram “Ato Médico” os praticados por um tal Esmeraldo Pais Prata, médico do Campo de Concentração do Tarrafal, que afirmava não estar ali para curar, mas para passar certidões de óbito, atuando em conformidade, não tratando dos presos políticos que para ali eram lançados pelo regime fascista, levando a que muitos deles morressem por não lhes serem ministrados os tratamentos de que necessitavam (para muitos

---

(31) ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “O consentimento informado...”, p. 421: “o exercício da Medicina está regulamentado e controlado por várias instituições públicas (...), pelo que há uma presunção de aptidão”.

(32) JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZALEZ/ANDREA MÁCIA MORILLO, *op. cit.* “La responsabilidad...”, p. 35, citando um Acórdão do Tribunal Supremo de 25 de abril, segundo o qual a Medicina voluntária é aquela em que o interessado “*acude al médico, no para la curacion de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto estético o (...) para la transformacion de una actividade biológica (la actividad sexual)*”.

(33) Nesse sentido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de outubro de 2011 (SOARES DE OLIVEIRA) sobre uma depilação executada por uma S.<sup>RA</sup> Médica: “*não se tratou de um ato médico, pois que não estamos perante um ato de diagnóstico, prognóstico, prescrição ou execução de medidas terapêuticas, necessariamente realizado por um profissional de saúde*”.

deles, um simples comprimido de quinino). Da mesma maneira, também não o foram os praticados por um tal Josef Mengele, conhecido pela alcunha de “*todesengel*” (anjo da morte), médico do campo de concentração nazi de Auschwitz- Birkenau, cujas atuações sobre os cidadãos ali presos são bem sabidas da humanidade (pelo menos devê-lo-iam ser). Como também não o são os executados pelos médicos americanos, no campo de concentração de Guantánamo e em prisões da CIA, alvo já de denúncias várias<sup>[XLVIII]</sup>.

Isto significa que, objetivamente, o “Ato Médico” é muito mais do que o conjunto dos simples atos mecânicos que, incorporando, o exteriorizam. Esses poderão ser considerados os seus sinais objetivamente perceptíveis, determináveis, concretizadores, mas não são os seus elementos determinantes/fundadores. Também, subjetivamente, não o identifica o simples facto dele ser praticado por um licenciado em Medicina que se encontre inscrito na Ordem dos Médicos. O lastro concretizador do conceito de “Ato Médico” vamos encontra-lo no acumulado de conhecimento cientificamente comprovados, culturalmente modelados pelo sedimentar de uma ética e de uma deontologia milenares<sup>(34)</sup>.

### 1.6. Do “efeito adverso”<sup>(35)</sup> ao “erro Médico”<sup>(36/37)</sup>

O Médico obriga-se, face ao seu Cliente, a fornecer-lhe a assistência médica necessária à prevenção, à cura e recuperação, e

---

<sup>(34)</sup> Código Deontológico da Ordem dos Médicos, art. 1.º: “*A Deontologia Médica é o conjunto de regras de natureza ética que, com caráter de permanência e a necessária adequação histórica na sua formulação, o médico deve observar e em que se deve inspirar no exercício da sua atividade profissional, traduzindo assim a evolução do pensamento médico ao longo da história e tem a sua primeira formulação no código hipocrático*”.

<sup>(35)</sup> JOSÉ FRAGATA, in “*Risco clínico, complexidade e performance*”, p. 41: “*Por evento adverso entende-se qualquer ocorrência negativa ocorrida para além da nossa vontade e como consequência do tratamento e não da doença que lhe deu origem, causando algum tipo de dano (...)*”.

<sup>(36)</sup> JOSÉ FRAGATA/LUIS MARTINS, *op. cit.*, “*O Erro ...*”, pp. 20/21: “*O erro parece ser uma componente indissociável da própria natureza humana, uma característica intrínseca do homo sapiens (...). Na espécie humana, e ao invés das outras espécies, o erro*

à diminuição do sofrimento ou prolongamento da vida, empregando os conhecimentos, técnicas e instrumentos adequados e disponíveis<sup>[XLIX]</sup>. Ora, no âmbito desta atividade, muita coisa pode correr mal, ocorrências que de forma alguma estão ligadas ao “Ato Médico” propriamente dito, mas que, por coincidência temporal, sucedem ao mesmo tempo.

O “efeito adverso” pretende exprimir toda a ocorrência negativa sobrevinda para além da vontade do Médico, que surja como consequência de um ato seu, e não do estado clínico do Cidadão que a ele acorreu tendo em vista beneficiar dos seus serviços clínicos, que acaba por lhe causar algum tipo de dano<sup>(38)</sup>.

O “efeito adverso” poderá advir de fatores absolutamente imprevisíveis e incontroláveis. Pelo simples facto de se estar a lidar com um corpo humano, os resultados não são os esperados, não obstante o Médico ter adotado todos os cuidados adequados, não tendo, assim, cometido qualquer erro. Outras situações há em que pode ter havido um erro (erro honesto), mas o mesmo não pode ser imputado a um comportamento negligente (erro negligente) do profissional de saúde.

O erro não parece ser um fenómeno descontínuo, mas antes o resultado visível de uma tendência cumulativa de pequenos «eventos adversos» que podem, ou não, vir a terminar em erro, mas que lhe são, muito provavelmente, premonitórios: o chamado “ciclo de erro”<sup>[L]</sup>.

Em qualquer uma destas situações, embora se não detete um “erro Médico”, estaremos perante um “efeito adverso”<sup>(39)</sup>.

*serve a sua própria genialidade permite, pela autocorreção, uma permanente reorganização que subjaz a complexidade e faculta o processo da espécie inteligente”.*

<sup>(37)</sup> JOSÉ FRAGATA, *op. cit.*, “Risco clínico ...”, p. 182: “Os erros num qualquer sistema de saúde são verdadeiramente materializados na figura de um enorme iceberg. Com efeito, são conhecidos muito menos erros praticados do que os que na realidade ocorrem (...)”.

<sup>(38)</sup> Dano iatrogénico: dano que as pessoas sofrem no âmbito de cuidados médicos, não resultando da sua doença.

<sup>(39)</sup> JOSÉ FRAGATA/LUIS MARTINS, *op. cit.*, “O Erro ...”, p. 19: “Quando o resultado fica aquém do esperado, resultaram lesões, quer pela prestação de cuidados (comissão), ou pela falta deles (omissão) podem estar em causa fatores tão diversos como os efeitos do acaso, pela variabilidade do fenómeno biológico, a ocorrência de efeitos adver-

Dito isto, o “efeito adverso” não deriva sempre, e necessariamente, de um “erro Médico”, havendo assim que distinguir, nas fases de intervenção clínica, os efeitos imprevisíveis, que ocorrem mesmo não se verificando qualquer erro, dos efeitos previsíveis e, de entre estes, os que derivam de um “erro Médico”. Assim, os “efeitos adversos” podem ser preveníveis (que resultam de um erro); potencialmente preveníveis (que ocorrem sem que nenhum erro de atuação possa ser identificado); não preveníveis (resultam de uma qualquer complicação que não é previsível no atual estado do conhecimento)[<sup>LI</sup>](<sup>40</sup>).

O “erro Médico”(<sup>41</sup>) só existe quando o Médico viola, cumulativamente, a *leges artis* e o dever de cuidado que lhe cabe[<sup>LI</sup>] e pode ser cometido(<sup>42</sup>) por: **I** — Imperícia (impreparação: fazer mal o que deveria ser feito de acordo com a *leges artis*); **II** — Impru-

---

*... ou o cometimento de erros, por parte dos indivíduos que tratam, seja por culpa direta seja por falhas na estrutura ou sistema em que se inserem”.*

(<sup>40</sup>) JOSÉ FRAGATA, *op. cit.*, “Risco clínico ...”, p. 195: **Evento Adverso** — *qualquer evento negativo (indesejável) que ocorra em consequência do tratamento, mas não da doença ou das co-morbilidades associadas*; **Incidente** — *situações em que nos desviamos do plano terapêutico previsto, da trajetória programada, mas em que o resultado final não ficou comprometido*; **Acidente** — *situações em que nos desviamos do plano inicial, mas em que se produzem danos que comprometem o resultado final previsto*; **Near Miss** — *situação de clara trajetória de acidente (...), mas que a nossa capacidade de recuperação (...) permitiu recuperar (...)*; **Erros** — *é um desvio em relação ao plano pré-concebido, um desvio que é involuntário, que não resulta do acaso, desvio em relação a algo que fizemos (...) ou que devíamos fazer (...), impede-nos de alcançar o resultado (...) esperado e traduzirá algo indesejado e negativo*; **Erros honestos** — *aqueles que se cometem porque somos humanos e falíveis, agindo de acordo com as boas regras*; **Erros por negligência** — *aqueles que são cometidos no contexto da violação de regras de segurança ou quando faltamos à nossa obrigação de tratar, podendo tê-lo feito*; **Erros humanos** — *erros diretamente cometidos por humanos, atuando no final ou «sharp end» do sistema*; **Erros do sistema** — *erros que ocorrem no âmbito da variação de causa comum, sem que possam ser atribuídos necessariamente ação de um operador humano final”.*

(<sup>41</sup>) JOSÉ FRAGATA/LUIS MARTINS, *op. cit.*, “O Erro ...”, pp. 48/58: Tipos e Formas de Erro: *a*) — Relacionados com a destreza → Lapsos; *b*) — Resultantes da aplicação de regras → Enganos baseados em regras; *c*) Resultantes do conhecimento → Enganos baseados no conhecimento.

(<sup>42</sup>) Não se deverá aplicar a esta taxilogia os atos praticados por Médicos com dolo, uma vez que nesses casos incide uma vertente volitiva (a intenção de não fazer o que a *leges artis* impõe, para lesar o Cliente) não compaginável com as restantes situações descritas como “erro médico”, onde essa intenção não existe.

dência (fazer o que não consta da *leges artis*); **III** — Negligência (deixar de fazer o que a *leges artis* impunha que se fizesse)<sup>[LIII]</sup>.

No que tange à negligência, a questão não é tanto a de saber se um médico avisado teria ou não praticado um concreto “Ato Médico”, mas antes a de saber que meios o Médico avisado teria utilizado, e se eles, no caso concreto, foram ou não utilizados. Caso não tenham sido, perceber a razão dessa não utilização, indagando a relevância da omissão<sup>(43)</sup> no domínio da responsabilidade civil, em geral, e da responsabilidade médica, em particular.

Sinteticamente, poderemos identificar as formas mais comuns de “erro Médico” na vertente de incumprimento da obrigação de tratamento<sup>(44)</sup>: **1** — Erro na escolha do método de diagnóstico ou da terapêutica: este erro tem lugar quando o método de diagnóstico ou a terapêutica escolhida manifestamente não se adequam ao quadro clínico do Cliente, na medida em que não há nenhuma indicação que conduza à adoção do método escolhido<sup>(45)</sup>; **2** — Erro na aplicação da terapia: nesta situação, embora a terapia escolhida não seja objeto de censura, a sua aplicação (por ação ou omissão) é feita sem a correção técnica exigível; **3** — Erro de diagnóstico: ocorre este tipo de erro sempre que a avaliação médica não corresponda à situação clínica do Cliente<sup>(46)</sup>.

(43) ANTUNES VARELA, in “*Das obrigações em Geral*”, 6.ª ed., 3.ª ed., pp. 419-420: “*Entende-se que a omissão é causa de dano sempre que haja o dever jurídico de praticar um ato que, seguramente, muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano*”. No mesmo sentido, RUI DE ALARCÃO, in “*Direito das Obrigações*” (texto elaborado por SOUSA RIBEIRO, SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ E BRANDÃO PROENÇA), pp. 238-242, ALMEIDA E COSTA, in “*Direito das Obrigações*”, pp. 365-366.

(44) O tratamento pode ser *etiológico ou curativo*, quando resolve a causa da doença, ou *sintomático*, quando se destina a atenuar ou debelar os sintomas.

(45) Relativamente a situações em que se possam verificar diferentes métodos de diagnóstico e/ou de terapêuticas clinicamente equivalentes, deverá dar-se primazia à liberdade terapêutica do Médico (art. 142.º, n.º 1, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos: “*a liberdade de escolha pelo médico dos meios de diagnóstico e tratamento não pode ser limitada por disposição estatutária, contratual ou regulamentar, ou por imposição da entidade de prestação de cuidados médicos*”), com o limite da indefensabilidade da mesma ao caso concreto.

(46) MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, p. 298: “*ainda assim, só pode falar-se de em violação da *leges artis* se a avaliação do médico não tiver qualquer correspondência com os sintomas manifestados pelo doente*”;

## Capítulo Segundo

### 2.1. *Natureza da relação jurídica estabelecida entre o Médico e o Cliente*<sup>(47/48)</sup>.

Importa agora analisar a questão da natureza jurídica da relação estabelecida entre o Médico e o Cliente: sujeitos dessa relação, seu objeto, direitos e obrigações.

A relação jurídica Médico/Cliente perspectiva-se, hoje, como uma relação complexa. É uma tecedura formada por uma trama intrincada de posições jurídicas que se orientam para o fim uno e comum a todas — o “fim do contrato” —, e que se modificam em ordem à sua satisfação. Assim, o programa obrigacional imanente

---

GERMANO DE SOUSA, *op. cit.*, “O ato médico ...”, p. 94: “a maioria dos autores e legisladores é de opinião que o erro de diagnóstico não é culpável desde que não tenha sido provocado por manifesta negligência, isto é, desde que o Médico: tenha examinado o seu doente convenientemente; tenha utilizado as regras e técnicas atuais recomendáveis e disponíveis; tenha levado em conta os resultados dos exames complementares de diagnóstico; não se tenha valido apenas do chamado “olho clínico”; não tenha optado por uma hipótese de diagnóstico remota ou absurda; ou, não tenha adotado uma terapêutica errada ou desajustada”; JOSÉ FRAGATA/LUIS MARTINS, *op. cit.*, “O Erro ...”, p. 62: **Erros de diagnóstico** (erro no uso e atraso no diagnóstico; na falha na aplicação dos testes indicados; no uso de testes desatualizados; falha na atuação adequada face aos resultados dos testes realizados); **Erro de tratamento** (erro técnico na realização de uma operação, procedimento ou teste; erro na administração do tratamento; erro na dose da medicação ou no seu método de uso; atraso evitável no tratamento ou na resposta à situação que os testes diagnosticaram; prestação de cuidados não apropriados); **Erros preventivos** (falha para providenciar tratamento profilático adequado; monitorização inadequada ou follow-up do tratamento); **Outros Erros** (falha na comunicação, falha no equipamento; outras falhas no sistema).

(47) RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “A responsabilidade civil...”, p. 43: “(...) contraposição apriorística dos interesses dos sujeitos abrangidos por esta problemática. Uns são prestadores profissionais de um serviço, e os outros são clientes ou consumidores do mesmo (...)”.

(48) FARIA COSTA, *op. cit.*, “Em redor ...”, p. 133: “hoje já não há pacientes [Nota 11]: E porque já não paciente? Na verdade, paciente, o que tem paciência, o que está resignado, o que espera tranquilamente, já se não pode confundir com o doente, o que tem dor. Porém o facto de ter dor não faz dele um ser resignado mas antes um indelével sujeito de direitos que reivindica para si, desde logo, o direito a ser informado sobre o que sofre e ainda a ser informado convenientemente (...) sobre a melhor maneira de se superar essa precisa dor ou doença, mas sim doentes com todos os direitos a isso inerentes, nomeadamente o seu indelegável e incompressível direito à autodeterminação curativa (...)”.

a essa relação é “delimitado em função da finalidade última, que é a consecução da cura do paciente, a melhoria do seu estado de saúde ou a atenuação do seu sofrimento”<sup>[LV]</sup>.

Como parece evidente, no domínio do exercício da Medicina em regime de profissão liberal, uma das partes dessa relação é o Médico<sup>[LV]</sup><sup>(49/50)</sup> e a outra é aquela pessoa singular que a ele acorra para beneficiar dos seus serviços clínicos: o Cliente<sup>(51)</sup>.

Em razão da “Declaração de Genebra”<sup>(52)</sup>, ocorrida após o flagelo da II Guerra Mundial e dos relatos verificados no Julgamento de Nuremberga, que promoveu uma revisão modernizadora dos princípios do “Juramento de Hipócrates”, que tem vindo a ser usada em muitos países nas sessões solenes de recepção aos novos médicos inscritos no respetivo Conselho ou Ordem dos Médicos, o Médico jura solenemente consagrar a sua vida ao serviço da humanidade, praticando a sua profissão com consciência e dignidade, tendo como primeira preocupação a saúde do seu doente, respeitando os segredos que lhe são confiados, mesmo depois da morte deste, mantendo, por todos os meios ao seu alcance, a honra e as nobres tradições da profissão médica, o máximo respeito pela vida humana, não usando os seus conhecimentos de Medicina para violar direitos humanos e liberdades civis, mesmo que sob ameaça.

---

(49) Ver, também, art. 1.º do Regulamento de Inscrição na Ordem dos Médicos.

(50) FARIA COSTA, *op. cit.*, “*Em redor...*”, p. 128: “*A palavra «médico» provem do latim «medicus» (...). Todavia a raiz «med» que se encontra em muitas palavras latinas com o sentido de «cuidar, tratar, curar» (...) encontra-se também em duas formas verbais gregas (...) com um sentido não totalmente coincidente, mas próximo: medéo — cuidar, proteger, reinar e também médomai — ocupar-se de, preocupar-se com*”; p. 136: “*O médico deve ser sempre encarado como um “hospes” e nunca como um “hostis”.*”

(51) Usarei a denominação de Cliente para identificar a contraparte dessa relação que se estabelece com o Médico. É que, nem sempre quem procura os serviços clínicos prestados por um Médico é um doente. Assim, doente, paciente, utente (associado às situações anteriores) é redutor. Cliente abrangerá todas estas situações, as que se enquadram no âmbito da “Medicina preventiva curativa ou paliativa” bem como da “Medicina voluntária”, integradas na Medicina privada.

(52) Adotada na 2.ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Genebra, em setembro de 1948, revista na 35.ª Assembleia Médica Mundial, em Veneza, em outubro de 1983; na 46.ª Assembleia Médica Mundial, em Estocolmo, em setembro de 1994; na 170.ª Assembleia Médica Mundial, em Divome-les-Bains, em maio de 2005 e na 173.ª Assembleia Médica Mundial, em Divome-les-Bais, em maio de 2006.

Já o Código Internacional de Ética Médica, da Associação Médica Mundial<sup>(53)</sup>, prescreve que o Médico deve manter sempre “os mais elevados níveis de conduta profissional”, não devendo “permitir a interferência de interesses económicos sobre o livre exercício da sua atividade profissional ou sobre a avaliação dos seus doentes”, devendo, “em todas as circunstâncias e tipo de *praxis*, dedicar-se à prestação de cuidados médicos competentes, com total independência técnica e moral, com compaixão e respeito pela dignidade humana. Relativamente aos seus doentes, o Médico “deve sempre ter em mente a obrigação de preservar a vida humana”, devendo-lhes “a dívida de total lealdade e a utilização de todos os recursos da sua ciência”, preservando “absoluta confidencialidade de todo o seu conhecimento sobre o seu doente, mesmo após a morte deste”.

Por que nos diz, a nós portugueses, muito, releva-se aqui, também, o “Juramento de Amato Lusitano”<sup>(54)</sup>, datado de 1519, no qual se ressaltam os seguintes segmentos: “muitas vezes rejeitei, firmemente, grandes salários, tendo sempre mais em vista que os doentes por minha intervenção recuperassem a saúde, do que tornar-me mais rico pela sua liberalidade ou pelos seus dinheiros”, “não corri atrás das honras e das glórias e com igual cuidado tratei de pobres e dos nascidos na nobreza”, “os meus livros de Medicina nunca os publiquei com outra ambição que não fosse contribuir de qualquer modo para a saúde da humanidade”.

No ordenamento jurídico pátrio, o Médico é aquele que, sendo licenciado em Medicina, por escola superior portuguesa ou estrangeira, desde que, neste último caso, tenha obtido equivalência oficial de curso devidamente reconhecida pela Ordem dos

---

(53) Adotado pela 3.<sup>a</sup> Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em Londres, em outubro de 1949; revisto pela 22.<sup>a</sup> Assembleia Médica Mundial, em Sidney, em agosto de 1968; na 35.<sup>a</sup> Assembleia Médica Mundial em Veneza, em outubro de 1983 e pela 57.<sup>a</sup> Assembleia Médica Mundial, em Pílanesberg, em outubro de 2006.

(54) AMATO LUSITANO, de seu nome JOÃO RODRIGUES DE CASTELO (1511-1568), foi um médico português, judeu, licenciado em Medicina pela Universidade de Salamanca. Viveu algum tempo em Portugal, tendo fugido para Antuérpia para não ser morto nas fogueiras da “Santa Inquisição”. Mais tarde estabeleceu-se em Itália, acabando por falecer na Grécia, em Salónica, vítima da peste.

Médicos, se encontre inscrito na Ordem dos Médicos (arts. 8.º e 9.º do Estatuto da Ordem dos Médicos)<sup>(55)</sup>, devendo ter “a capacidade de agir segundo uma consciência bem formada e de tomar decisões corretas, numa atitude íntegra de ampla visão e discernimento esclarecido, e de acordo com quatro pontos fundamentais: 1.º — a escolha da profissão médica não pode ser ditada pelo lucro financeiro, realizado à custa da saúde de quem quer que seja; 2.º — o Médico tem de ser profissionalmente competente e ter conhecimento dos diversos aspetos requeridos pelo progresso das ciências médicas; 3.º — o Médico tem de ter uma formação permanente, através de um estudo contínuo e também de atividades que aperfeiçoem os seus conhecimentos; 4.º — o Médico tem de ter um verdadeiro sentido do humano, de modo a poder humanizar tecnologias onde, com frequência, se perde o doente e se esconde a pessoa, e que torna o “Ato Médico” tantas vezes anónimo e despersonalizado”<sup>[LVI]</sup>.

Na relação com o seu Cliente, para além do dever essencial de tratamento, o Médico assume mais os seguintes deveres acessórios<sup>[LVII/LVIII/LIX]</sup>: 1. — De omissão, tais como de abstenção de atos que, não integrando o conteúdo essencial da prestação nuclear, possam constituir violação do “direito à integridade física e moral” do Cliente<sup>[LX]</sup>, ou possam ser considerados como “vedados”, bem como “condicionados”, nos termos definidos nos arts. 35.º e 42.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos; 2. — De obtenção do consentimento informado, que impõe ao Médico a obrigação de esclarecer devidamente o Cliente, de modo a permitir que ele, livre, conscientemente e com responsabilidade, faça a opção que considere melhor para si, assumindo-se, assim, como dono e senhor do seu próprio corpo<sup>[LXI]</sup><sup>(56)</sup>, conforme precei-

---

(55) Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de julho.

(56) ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “Responsabilidade ...”, pp. 16/17: “basicamente, o princípio do consentimento esclarecido significa que o médico que se propõe efetuar um tratamento ou intervenção deve dar ao doente suficiente informação sobre o tratamento proposto, as probabilidades de êxito, os riscos coenvolvidos, os efeitos colaterais ou mal-estar daí resultante; quais as alternativas disponíveis, porque é que o tratamento escolhido é, na opinião do médico, o melhor para o doente, porque é que outros tratamentos possíveis foram rejeitados e quais os riscos de não ser efetuado o tratamento. Tudo de

tuado nos arts. 156.º e 157.º do Código Penal, 70.º do Código Civil<sup>(57)</sup> e 44.º a 51.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos; **3.** — De comunicação, densificado através: **3.1.** Da obrigação de informar o Cliente sobre a sua situação clínica, o tratamento proposto, tratamentos alternativos, os riscos envolvidos em qualquer uma das situações, bem como na de nenhuma solução terapêutica ser seguida (art. 44.º Código Deontológico da Ordem dos Médicos); **3.2.** Da obrigação de documentação de todo o processo clínico (art. 100.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos) e de permitir o acesso ao mesmo de quem nele seja Cliente<sup>(58)</sup>; **3.3.** Da obrigação de conselho, designadamente sobre o perigo de contágio, àqueles que contactem com o doente, nomeadamente os membros da sua família ou outros conviventes (art. 89.º Código Deontológico da Ordem dos Médicos); **4.** — De segredo profissional, que impõe ao Médico a obrigação de guardar segredo sobre todos os factos que tenham chegado ao seu conhecimento no exercício da sua profissão ou por causa dela (art. 86.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos), e que, genericamente, se poderão assim qualificar: **a)** — os factos revelados diretamente pelo Cliente, por sua ordem ou comissão pelos parentes

---

*molde a que um paciente de razoável inteligência e instrução média possa compreender e fique habilitado a tomar uma decisão razoavelmente inteligente, em moldes tão objetivos quanto possíveis para quem se encontra numa situação repleta de especificidades*". Sobre a questão da capacidade para dar o consentimento informado: ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, "O consentimento informado...", pp. 152-180, 205-240: "a ordem jurídica só nega que a pessoa disponha por si própria dos seus bens jurídicos, quando julgue que ela o não vai fazer de forma racional e sem danos. O objetivo do conceito de capacidade para consentir é, pois, a capacidade de tomar uma decisão racional sobre os riscos, sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos. Isso impõe que se consiga compreender, em abstrato, os critérios da decisão".

(57) ORLANDO DE CARVALHO, in "Teoria Geral do Direito Civil", p. 90: o direito geral de personalidade consiste "(n)um direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua «liberdade de desabrochar». Só um tal direito ilimitado e ilimitável permite uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade moderna".

(58) SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, "Responsabilidade médica ...", p. 42: este dever funda-se nos arts. 573.º e 575.º do Código Civil.

ou tutores ou mesmo por qualquer outra pessoa; **b)** — os factos sabidos pelo Médico, provenientes ou não de observação clínica, quer sejam do conhecimento do Cliente quer de outras pessoas; **c)** — os factos comunicados por qualquer colega, obrigado quanto ao mesmo a segredo profissional<sup>(59)</sup>; **5.** — De segurança dos equipamentos, nos termos do qual o Médico está obrigado a garantir a segurança e o bom funcionamento dos equipamentos, instrumentos ou material que utilize na realização da prestação de cuidados de saúde ao Cliente.

Sobre o Médico, e nos termos do Código Deontológico da Ordem dos Médicos<sup>(60)</sup>, impendem deveres deontológicos diversos, designadamente os de, não ultrapassando “os limites das suas qualificações” (art. 36.º, n.º 1), “exceto em situações de emergência em que não possa recorrer em tempo útil a colega competente” e, mesmo nessa hipótese, não podendo, “em caso algum, praticar atos médicos para os quais reconheça não ser capaz ou não possuir competências técnicas e capacidade física e mentais exigíveis (art. 36.º, n.º 3), prestar ao Cliente “os melhores serviços e cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos (...) no pleno respeito pela pessoa humana” (art. 31.º), sendo as decisões, que possa vir a tomar nessa relação, apenas “ditadas pela ciência e pela sua consciência” (art. 32.º, n.º 1), com “liberdade de escolha de meios de diagnóstico e terapêutico” (art. 32.º, n.º 2), atuando “em conformidade com a *leges artis*” (art. 33.º, n.º 1) e abstendo-se de praticar “quaisquer atos que não estejam de acordo com a *leges artis*” (art. 35.º, n.º 1), salvo em situações em que, não havendo alternativa, ele disponha de dados promissores e tenha obtido daqueloutro ou do seu representante legal, o devido e necessário consentimento

---

(59) A justificação técnica para afirmar a responsabilidade civil do médico quando viole este dever encontra-se na violação de um direito absoluto, o direito à privacidade (arts. 70.º e 483.º do Código Civil): RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, “Direito das ...”, p. 241; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “Das Obrigações ...”, 6.ª ed., pp. 368-369; RITA CABRAL, in “O direito à intimidade da vida privada”, *apud* ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “Responsabilidade ...”, p. 26.

(60) Regulamento n.º 14/2009, de 13 de janeiro.

(art. 35.º, n.º 2), respeitando o direito dele de “mudar de médico” (art. 40.º, n.º 1). Para além destes deveres, outros há, como os de elaborar e conservar a ficha clínica do Cliente (art. 77.º), de informar e de obter consentimento informado<sup>[LXII]</sup>, de proteção do Cliente<sup>[LXIII]</sup>.

Já no que tange ao Cliente, a Lei de Bases da Saúde<sup>(61)</sup> reconhece-lhe, na alínea *a*) do n.º 1 da sua Base XIV, o direito “(...) a escolher (...) o serviço e agentes prestadores” de saúde, isto é, o Médico, direito este confirmado no disposto no art. 40.º, n.º 1, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, que determina que o Cliente “(...) tem o direito de escolher livremente seu médico, nisso residindo um princípio fundamental da relação entre o doente e o médico, que este deve respeitar e defender”. Para além disso, o Cliente, enquanto beneficiário direto da prestação do serviço Médico contratado, também se submete a determinadas obrigações no decurso da relação ali estabelecida. A primeira delas, de ordem eminentemente económica, traduz-se no pagamento dos honorários ajustados para a execução dos serviços profissionais. As demais são singulares: de informar, colaborar e de seguir as instruções médicas.

Poderemos, assim, resumir todo este quadro ético-deontológico da atividade Médica por recurso a três princípios fundamentais: o da beneficência, o da não maleficência e o da autonomia ou da liberdade<sup>[LXIV]</sup> impondo, o primeiro, que o Médico utilize da forma mais adequada todos os meios à sua disposição para melhorar a saúde do seu Cliente, ponderando a relação perigo/benefício, no respeito pelos valores das pessoas afetadas, e pelas consequências individuais e sociais; o segundo baseia-se no dever Médico de, intencionalmente, não causar mal e/ou dano ao seu doente; o terceiro, no respeito pela legítima autonomia das pessoas, pelas suas escolhas e decisões, para que sejam verdadeiramente autónomas ou livres, tendo por base a convicção de que o ser humano deve ser livre de todo o controlo exterior e respeitado nas suas decisões vitais básicas.

---

(61) Lei n.º 48/90 de 24 de agosto.

Isto posto, pelo simples facto de ter o seu consultório aberto ao público e de ter colocado a sua placa, o Médico encontra-se numa situação de proponente contratual<sup>(62)</sup>.

Por seu turno, o Cliente que a ele se dirige, tendo em vista beneficiar dos seus serviços clínicos, está a manifestar a sua aceitação a tal proposta. É que, o “Ato Médico” só existe se o Cliente quiser que ele exista<sup>[LXV]</sup>.

Este quadro factual é, só por si, bastante para que se possa dizer que estamos em face de um contrato consensual, pois que, regra geral, não se exige qualquer forma mais ou menos solene para a celebração de tal acordo de vontades<sup>[LXVI]</sup>.

O que se pretende significar é que os comportamentos que ficaram referidos constituem uma verdadeira manifestação de vontade que pode ser expressa (isto é, feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade) mas que pode ser também tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam (art. 217.º do Código Civil)<sup>[LXVII]</sup>.

A existência ou inexistência de um contrato entre o Médico e o Cliente relevará como critério de existência ou inexistência de um dever de prestação de serviços médicos: se existir um contrato, o Cliente é credor e o Médico devedor de um dever de prestação de cuidado de saúde; se não existir um contrato tal não sucederá<sup>[LXVIII]</sup>. Isto, obviamente, sem prejuízo das obrigações

---

(62) RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “A responsabilidade civil...”, p. 61 (Nota 136): “o processo formativo do mesmo pode caracterizar-se de forma distinta, consoante se entenda que, na abertura ao público do consultório médico está incluída a emissão de um mero convite a contratar ou uma verdadeira proposta contratual. Se se optar pela primeira hipótese, então, a entrada do doente para aí ser tratado, consubstanciará a proposta contratual, que o médico aceita ao comprometer-se tratá-lo. Se se optar pela segunda, então, o contrato perfecionar-se-á com a disposição do paciente a ser observado por aquele médico (...). Os Autores portugueses, utilizando embora formulações distintas, estão de acordo sobre o conteúdo caracterizador de uma proposta contratual. Assim, FERREIRA DE ALMEIDA enumera como características de uma proposta contratual: a completude, a precisão, a firmeza e a adequação formal (veja-se: “Contratos. Conceitos. Fontes. Formação”, 3.ª ed. pp. 99 e ss.). MOTA PINTO considera que «uma proposta contratual só existirá se for suficientemente precisa, dela resultar a vontade do seu autor se vincular e houver consciência de se estar a emitir uma verdadeira declaração de contratar (“Teoria Geral do Direito Civil”, 3.ª ed., p. 443). No mesmo sentido se pronuncia GALVÃO TELLES (Manual dos Contratos em Geral”, 4.ª ed., p. 247”.

deontológicas do Médico ter de prestar cuidados de saúde, previstas nos arts. 7.º (situação de urgência), 8.º (greve) *ex vi* 41.º (direito de recusa de assistência) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

A tradicional relutância em admitir a natureza contratual da responsabilidade médica esteve indissociavelmente ligada a uma certa repugnância em aceitar que o Médico pudesse considerar-se presumidamente culpado sempre que o tratamento tivesse efeitos nefastos ou não alcançasse as metas que a expectativa do agente havia subjetivamente fixado<sup>(63)</sup>.

Hoje é comumente aceite que o Médico e o Cliente estão, no comum dos casos, ligados por um contrato<sup>(64)</sup>, consensual<sup>(65)</sup>, mar-

---

(63) RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil ...*”, pp. 59/60: sobre a questão da dificuldade de, dogmaticamente, se qualificar de contrato a relação estabelecida entre o Médico e o Cliente diz esta autora que “*o grande obstáculo encontrava-se a jusante: a dificuldade não está no reconhecimento de que um contrato se formara, mas nas consequências que tal conhecimento acarretaria. Desde logo, parecia injustificada a aplicação ao médico da presunção de culpa que recai, em regra, sobre os devedores inadimplentes (que se encontra prevista, no nosso ordenamento, no n.º 1 do art. 799.º)*”; ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “*Procriação assistida ...*”, p. 223; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, p. 81: “*A recusa da natureza contratual significava um privilégio, atendendo ao regime tendencialmente mais favorável para o devedor por obrigações de fonte delitual*”.

(64) MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil ...*”, p. 327, *apud* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, p. 79; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “*O consentimento informado ...*”, p. 31; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil ...*”, p. 56: “*Durante muito tempo foi rejeitada a ideia de que, entre o médico e o doente, se celebrava um contrato (...). Aquela rejeição encontra as raízes profundas no direito romano, de que o labor médico, como manifestação da inteligência humana, não era passível de ser objeto de transação (...). Outros argumentos utilizados para negar o caráter contratual da relação que se estabelece entre o médico e o doente relacionam-se com a diminuta margem para o exercício da liberdade de conformação do respetivo contrato; por um lado existem muitas prescrições legais imperativas, que se aplicam à atividade médica e que as partes não podem afastar; por outro, a falta de conhecimento do doente sobre essa matéria implicaria que o seu poder negocial fosse nulo (...). Por fim, havia quem excluísse a possibilidade de celebração de um contrato, apenas por dificuldade de qualificar a espécie de acordo que se geraria*”; p. 60: “*atualmente, é comum o entendimento de que, entre o médico e o doente se celebra, em regra, um negócio jurídico bilateral, em que o primeiro se obriga a prestar ao segundo, assistência médica mediante retribuição*”; ver também pp. 70-73.

(65) MANUEL DE ANDRADE, *op. cit.*, “*Teoria Geral ...*”, II, p. 47: “*tem como critério o ser a validade do negócio independente de qualquer forma*”.

cadamente pessoal<sup>(66)</sup>, de execução continuada<sup>(67)</sup>, oneroso<sup>(68)</sup>, comutativo<sup>(69)</sup> e, por via de regra, sinalagmático<sup>(70)</sup>[<sup>LXIX</sup>].

(66) ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “Procriação assistida ...”, p. 222: “Contrato cujo elemento decisivo é a confiança que o médico inspira ao doente e que tem como correlato necessário, num sistema de Medicina liberal, o princípio da livre escolha”; MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “Direito da Saúde”, p. 189: “Na base da relação médico-paciente está a confiança deste, depositada na arte ou conhecimento daquele. Mas, para além da dimensão técnica, convergem elementos de natureza pessoal que vão forjando a relação de confiança entre o médico e o seu paciente, razão pela qual o contrato é celebrado intuitu personae. Decorre da natureza intuitu personae do contrato o dever de realização pessoal da obrigação por parte do médico”; ESPERANÇA PINA, *op. cit.*, “Ética, ...”, p. 135: “A liberdade de escolha do médico deve constituir um direito do doente. O médico deve respeitar e fazer respeitar essa escolha, que está sempre presente na Medicina liberal (...). O doente deve ter sempre a possibilidade de mudar de médico e este acatará essa decisão, não devendo pressionar o doente para que continue ao seu cuidado”.

(67) ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “Procriação assistida ...”, pp. 222/223: “só muito raramente o comportamento debitório assumido pelo médico é de execução instantânea; ao contrário, na esmagadora maioria dos casos a elaboração do diagnóstico e a aplicação de uma certa terapêutica prolongam-se mais ou menos no tempo”; Sobre a distinção entre prestações instantâneas e duradouras, ver RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, “Direito das ...”, pp. 47/51; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “Das obrigações ...”, pp. 93/98, *apud* ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “Procriação assistida ...”, p. 223 (nota n.º 4); ALMEIDA e COSTA, *na op. cit.* “Direito das ...”, 9.ª ed., pp. 468/470: “Diz-se instantânea ou transeunte a prestação a executar num só momento, extinguindo-se a correspondente obrigação com esse único ato isolado de satisfação dos interesses do credor”. “Em todos os restantes casos, quando não se circunscreva a um atividade ou inatividade momentânea do devedor, antes se trate de um comportamento positivo ou negativo, que se distenda no tempo, a prestação qualifica-se de duradoura”.

(68) ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “Procriação assistida ...”, p. 223: “pois que é obrigação do doente remunerar os serviços médicos que lhe são prestados”, apesar de em tempos se entender que “o exercício das profissões liberais é gratuito por natureza; os «honorários» não significam pagamento, mas um modo de «honrar» e agradecer”: ver J. ATAZ LOPEZ, in “Los Médicos y la Responsabilidad Civil”, Madrid, p. 120 e G. GIACOBBE in “Professioni Intelletuali” Enc. Dir., XXXVI, pp. 1068/1077, *apud* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “Os contratos civis ...”, p. 80; MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “Direito da Saúde”, p. 185.

(69) ALMEIDA e COSTA, *op. cit.*, “Direito das ...”, 3.ª ed., p. 275: “As vantagens de cada uma das partes podem ser apreciadas no momento da feitura do contrato, visto que as respetivas atribuições patrimoniais resultam logo da sua celebração”.

(70) ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “Procriação assistida ...”, p. 223: “a relação médico-doente cria, por via de regra, obrigações recíprocas”; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “O consentimento informado...”, p. 33: “o contrato de serviços médicos afigura-se bastante desequilibrado, com apenas duas obrigações do lado do paciente (a de pagar os honorários e a de fornecer ao médico a necessária informação e cooperação) e múltiplos

É, para além disso, “um contrato civil (nunca é um ato de comércio) e é um contrato de consumo<sup>(71)</sup> e, portanto, merecedor de aplicação das adequadas regras de proteção dos consumidores”<sup>(72)</sup>.

Dito isto, no exercício da Medicina em regime de profissão liberal, a fonte da relação jurídica que se estabelece entre o Médico e o Cliente é o contrato, sendo elementos essenciais desse negócio jurídico “as condições ou requisitos gerais necessários para a validade desse negócio”<sup>[LXX]</sup>: capacidade das partes, declaração ou declarações de vontade objeto físico e legalmente possível.

---

*deveres por parte do médico*”; ver também pp. 52-56; EDUARDO DANTAS, *op. cit.*, “*O inadimplemento ...*”, pp. 61/70: “*Também obrigação principal, ainda que derivada diretamente do dever de bem cuidar, está o dever de agir com diligência*”; “*Para além das obrigações assumidas com o estado da arte, e a obediência aos preceitos deontológicos da profissão, também compõem as obrigações do médico com o seu paciente (...). Dever de lealdade se materializa na boa-fé objetiva que deve reger as relações contratuais, e no caso concreto, na segurança que deve ser oferecida ao paciente de que os seus interesses — e não os do médico — serão levados em consideração quando da elaboração de hipóteses diagnósticas e prescrição de tratamentos. O dever de proteção que se consubstancia no sigilo médico (...). Por fim o dever de informar, de prestar esclarecimento de maneira completa e adequada*”. No mesmo sentido, no que tange às obrigações do Cliente, vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 82.

<sup>(71)</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “*O consentimento informado...*”, p. 20, sobre a temática do consentimento informado afirma que o mesmo “*é a pedra angular de uma rutura concetual do paciente que se transforma num consumidor de cuidados de saúde*”.

<sup>(72)</sup> Lei n.º 24/1996, de 31 de julho com as alterações introduzidas pelo Decreto de Retificação n.º 16/1996, de 13 de novembro, pela Lei n.º 85/1998 de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, pela Lei n.º 10/2013, de 28 de abril e pela Lei n.º 47/2014 de 28 de julho; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, p. 89; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 47: “*as pessoas, para satisfação dos seus variados interesses, carecem de uma diversidade de prestações qualificadas, para a realização das quais, não estão capacitadas. Necessitam, pois, de recorrer a um terceiro dotado de uma formação adequada — em regra, certificada pela titularidade de um diploma universitário e implementada no exercício de uma atividade especializada — à prestação do serviço pretendido: um profissional. Estabelece-se, assim, entre os dois, uma relação — por princípio de natureza contratual — cujo nascimento se explica pela impreparação de um deles, que contrasta com a especial capacitação técnica e científica do outro, para o desempenho de uma dada atividade. O primeiro assume, pois, a veste de consumidor de um serviço especializado, que lhe é prestado por um profissional habilitado (...). O credor-cliente e o devedor-profissional encontram-se, assim, num plano desnivelado que irá marcar decisivamente toda a relação, que, entre eles, se desenvolve*”; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “*O consentimento informado...*”, p. 359, defende que fica excluído da aplicação da Lei de Defesa dos Consumidores o regime da responsabilidade médica.

Estes contratos são, normalmente, realizados oralmente, não sendo acompanhados de detalhadas negociações pré-negociais, dada a relação de confiança e a permanente continuidade que usualmente esta relação acarreta, exigindo a interpretação das vontades dos outorgantes o recurso à integração (art. 239.º do Código Civil: “de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis (...),” a qual deve ser enquadrada pelos seguintes patamares: **1)** — devem aplicar-se as regras legais imperativas, designadamente as impostas pela regulação da profissão médica e pela proteção dos consumidores e as normas que atribuem direitos e deveres aos pacientes; **2)** — o costume, normas deontológicas e usos (que não contrariem as normas legais imperativas); **3)** — deve recorrer-se às “normas dos contratos de mandato ou de empreitada (se e na medida em que haja suficiente analogia)”<sup>[LXXI](73)</sup>.

Porém, se a prática da Medicina tem lugar em contexto organizacional, ou seja, quando os médicos atuam integrados numa estrutura de prestação de cuidados de saúde, coloca-se a questão de saber quem assume a posição de parte no contrato de prestação de serviço médico.

Dependendo do conteúdo das obrigações assumidas, podemos divisar três hipóteses distintas: **a)** — Contrato total ou contrato de hospitalização: nesta hipótese, no acordo de vontades celebrado entre o Cliente e a unidade de prestação de cuidados de saúde, esta obriga-se a prestar-lhe, para além dos cuidados de saúde adequados, os serviços associados ao internamento, como o alojamento, alimentação e o eventual fornecimento de medicamentos<sup>(74)</sup>; **b)** —

<sup>(73)</sup> Quanto à aplicação do regime do contrato de empreitada: será que se deve?!...

<sup>(74)</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, pp. 90-97: **Contrato total:** “*a clínica assume direta e globalmente obrigações de prestação de atos médicos conjuntamente com as de internamento hospitalar*”. **Relação Clínica-Doente:** neste tipo de contratos, “*em que se adicionam as obrigações próprias do contrato de prestação de serviço médico (em sentido estrito e próprio) com as de um contrato de internamento, o contrato é misto, com elementos característicos do contrato de prestação de serviço (médico, paramédico e outros), do contrato de locação (do espaço destinado ao internamento) e eventualmente dos contratos de compra e venda (fornecimento de medicamentos) e de empreitada (confeção de alimentos). A clínica é responsável, nos termos do art. 800.º do Código Civil, pelos atos praticados pelas pessoas que utilize para o cumpri-*

Contrato dividido ou contrato de hospitalização dividido: nesta hipótese, o Cliente que ali se dirige para obter a prestação de cuidados clínicos celebra dois contratos distintos, por um lado, acorda com a clínica ou hospital o internamento, com as obrigações que lhe estão associadas — alojamento, alimentação, fornecimento de medicamentos — enquanto que com o Médico celebra um contrato de prestação de serviços médicos<sup>(75)</sup>; *c*) — Contrato de prestação de serviços médicos celebrado com uma unidade de saúde: neste caso, o contrato aplica-se apenas aos cuidados de ambulatório, os quais, como é sabido, não implicam internamento, e tem o conteúdo típico do contrato de prestação de serviço médico celebrado entre o Médico, na sua prática individual, e o Cliente. Diferente é apenas quando uma unidade de saúde com personalidade jurídica própria, e não o médico individualmente considerado, assume a obrigação de tratamento<sup>(76)</sup>.

---

*mento das suas obrigações incluindo o médico ou médicos que ajam em execução da prestação correspondente aos atos médicos integrados no contrato”. Relação Médico-Doente: “o médico, não sendo parte no contrato, mas auxiliar ou “pessoa utilizada para o cumprimento da obrigação” (art. 800.º, n.º 1), não se obriga diretamente perante o doente. Pode porém ser responsável «ex delictu», se se verificarem os requisitos respetivos”.*

<sup>(75)</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “Os contratos civis ...”, pp. 90/94: **Contrato dividido:** “que compreende apenas as obrigações próprias do contrato de internamento, embora acordado em conexão com outro contrato de prestação de serviço médico direta e autonomamente celebrado com um médico”. **Relação Clínica-Doente:** “o contrato de internamento é também misto, englobando as obrigações próprias de um contrato de hospedagem (que é, por sua vez, um contrato misto) e as de prestação de serviços médicos auxiliares. A clínica é, nestes casos, responsável apenas pelos atos praticados pelo pessoal envolvido na execução do contrato de internamento, com a exclusão portanto dos atos médicos”. **Relação Médico-Doente:** “o médico e o doente estabelecem relações contratuais diretas. O médico responderá, portanto, no quadro da responsabilidade civil contratual pelos seus próprios atos e pelos daqueles que utilize como seus auxiliares”.

<sup>(76)</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “Os contratos civis ...”, pp. 90-93: **Contrato cujo objeto exclusivo é a prestação de serviços médicos, necessariamente executados por um ou mais médicos:** “nas situações mais correntes o serviço médico é realizado na “clínica” em regime de ambulatório e consiste em “consultas”, cuidados de saúde simples e/ou exames complementares de diagnóstico”. **Relação Clínica-Doente:** “o contrato tem o mesmo conteúdo e natureza do contrato celebrado diretamente com um médico profissional liberal, mas a obrigação de prestação de serviço médico é assumida pela clínica, embora tenha de ser executada por pessoal médico habilitado. A clínica é apenas responsável, nos termos do art. 800.º do Código Civil, pelos atos praticados pelas pessoas que utilize para o cumprimento das suas obrigações incluindo o médico ou médi-

Apesar do que se deixou dito, mormente nas Notas n.<sup>os</sup> 74 a 76, quando o Médico atue no contexto organizacional, mormente nos contratos identificados sob as alíneas *a)*, *b)* e parte final da al. *c)*, levanta-se a questão de se saber sobre quem recairá a responsabilidade: se sobre a estrutura organizativa onde ele exerceu o “Ato Médico”, se sobre ele.

Há correntes dogmáticas que defendem que o Médico poderá ser diretamente demandado, por recurso à “teoria das relações contratuais de facto”, segundo a qual “a obrigação subordinar-se-ia às regras próprias da obrigação contratual, ainda que o facto constitutivo da relação entre os dois sujeitos não fosse o contrato”<sup>[LXXII]</sup>, ou das relações contratuais sem contrato, segundo a qual os deveres gerais de conduta do direito delitual, “ordenados a evitar uma interferência com a esfera jurídica alheia”, “torn[ar-se-iam] mais palpáveis ou concretos, na medida em que uma vítima, ou um círculo de possíveis vítimas, entra[sse] em contacto existencial com o potencial lesante”<sup>[LXXIII]</sup>.

Entre os casos paradigmáticos de contacto existencial ou social<sup>(77)</sup> entre o potencial lesante e o potencial lesado encontrar-se-ia a relação entre o Médico auxiliar de instituição (pública ou privada) de saúde e o Cliente.

Este contacto existencial ou social é “suficientemente denso para legitimar a aplicação das regras contratuais” e enquadra-o na categoria das “relações contratuais de facto”<sup>(78)</sup>.

*cos que ajam em execução da prestação correspondente aos atos médicos integrados no contrato”. Relação Médico-Doente: “o médico, não sendo parte no contrato, mas auxiliar ou “pessoa utilizada para o cumprimento da obrigação” (art. 800.º, n.º 1), não se obriga perante o doente”; MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, op. cit., “Direito da Saúde”, p. 192.*

<sup>(77)</sup> PINTO OLIVEIRA, op. cit., “Responsabilidade civil ...”, pp. 155/157; MANUEL CARNEIRO DA FRADA censura as teorias do contacto social considerando os “critérios basilares do acréscimo de risco e da especial possibilidade de interferência” incapazes de, “sem arbitrariedade, estabelecer uma nítida linha de separação na escala variável de intensidade que os [...] contactos [sociais] podem apresentar”, in “Contrato e deveres de proteção”, p. 243, *apud* autor e obra referidos, p. 158.

<sup>(78)</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “O consentimento informado...”, p. 46; PINTO OLIVEIRA, op. cit., “Responsabilidade civil ...”, p. 149: “distinguir dois tipos de relações contratuais: as relações contratuais constituídas com o encontro de declarações de vontade (isto é: com a conclusão de um contrato) e as relações contratuais constituídas sem o

## 2.2. *Natureza e âmbito das obrigações assumidas pelo Médico*

Aqui chegados, e independentemente do *nomen iuris* que se atribuir ao contrato celebrado entre o Médico e o Cliente<sup>(79)</sup>, importa agora averiguar a natureza e o âmbito das obrigações assumidas pelo Médico nesse contrato.

---

*encontro de declarações de vontade (isto é, sem a conclusão de nenhum contrato). Entre as relações contratuais constituídas sem o encontro de declarações de vontade encontrar-se-iam as relações decorrentes do contacto social (designadamente as relações pré-contratuais ou pré-negociais), as relações decorrentes de execução de contratos duradouros inválidos ou ineficazes (por exemplo, de execução de contratos de sociedade ou de contratos de trabalho declarados nulos ou anulados) e as relações emergentes de «um comportamento social típico». A aplicabilidade da teoria das relações contratuais sem contrato (“relações contratuais de facto”) aos dois primeiros grupos de casos é (ou era?) consensualmente rejeitada; a aplicabilidade de tal teoria ao terceiro grupo de casos “comportamentos sociais típicos” é controversa: uma doutrina minoritária aceita-a: MOTA PINTO, in “Cessão da Posição Contratual”, pp. 256-261; ALMEIDA e COSTA, op. cit., “Direito das ...”, pp. 199-204; RUI DE ALARCÃO, op. cit., “Direito das ...”, pp. 125-129; MENEZES CORDEIRO, in “Direito das Obrigações”, Vol. II, pp. 29-41, idem, “Da boa-fé no Direito Civil”, pp. 555-563 e 641-647; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, op. cit., “Responsabilidade médica ...”, p. 50; SINDE MONTEIRO in “Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações”, p. 29; JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, in “Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato”, Separata do Vol. XXV do Boletim da Faculdade de Direito, pp. 25-32), a doutrina maioritária rejeita-a (HEINRICH HOSTER, in “A Parte Geral do Código Civil português — Teoria Geral do Direito”, pp. 470-473 e 777-783; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, in “Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico”, pp. 27-30 e 40-47, idem, “Contrato”, Vol. I, pp. 139-141; BATISTA MACHADO, “A cláusula do razoável”, in *Obra Dispersa*, Vol. I, pp. 457-621; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, op. cit., “Contrato e dever ...”, pp. 23-24; idem, “Teoria da confiança e responsabilidade civil”, pp. 710-712; PAULO MOTA PINTO, in “Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico”, pp. 113-114, 813-815; ANTUNES VARELA, op. cit., “Das Obrigações ...”, pp. 220-224; MENEZES LEITÃO, in “Direito das Obrigações”, Vol. I, pp. 445-454; RIBEIRO DE FARIA, in “Direito das Obrigações”, Vol. I, pp. 152-162)”.*

<sup>(79)</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “O consentimento informado...”, p. 34: “Este contrato é qualificado pela doutrina nacional como de contrato de prestação de serviços”. Nesse sentido ver: HENRIQUE GASPAR, “A responsabilidade civil do médico”, in *Coletânea de Jurisprudência*, 1978, I, p. 335; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA in “Código Civil Anotado”, Vol. II, 3.<sup>a</sup> ed. (arts. 1154.º e 1156.º); CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, op. cit., “Os contratos civis ...”, p. 87 entende que “No direito português atual, a qualificação adequada parece ser a de contrato socialmente típico inserido na categoria ampla dos contratos de prestação de serviço (art. 1154.º), onde se incluem prestações de «trabalho intelectual»”; MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, op. cit., “Direito da Saúde”, p. 200: “diz-se a este propósito que a obrigação típica do contrato de prestação de serviços médicos é a obrigação de tratamento”.

A Medicina, desde as suas remotas fundações, sempre procurou privilegiar e valorizar a singularidade e a determinação do contingente na arte de cuidar do doente, o que significa que, não obstante ter sido um saber carecido de critérios objetivos de verdade, procurou sempre proceder com acribia em relação ao doente e não só à doença<sup>[LXXIV]</sup>.

O cuidado profissional não pode ter outros limites senão os decorrentes dos princípios éticos, das normas deontológicas e legais enquadradas nas situações concretas, balizadas por dados da evidência e suporte científico: na prática de “Atos Médicos”, parece claro que ao Médico deve ser exigida uma atuação que observe os deveres de cuidado.

Um juízo de censura ou de reprovação baseia-se no reconhecimento, perante as circunstâncias concretas do caso, de que o profissional não só deveria como poderia ter agido de outro modo<sup>[LXXV]</sup>.

Apesar de o desenvolvimento médico ser responsável pela resolução eficaz de vários problemas, não deixa, contudo, de desocultar incertezas não formalmente reconhecidas, ou até de criar novas áreas de incerteza através da sua ação. A incerteza, como soma de um certo grau de certezas isoláveis e suscetíveis de um cálculo rigoroso, é uma dimensão constitutiva da Medicina<sup>(80/81/82)</sup>.

---

(80) HÉLDER RAPOSO, *op. cit.*, “Risco e incerteza ...”, pp. 752 e 762/763; AMÉLIA AUGUSTO, in <<http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/571.pdf>>: “O risco é largamente entendido como um fenómeno objetivo (...). Os médicos conceptualizam o risco tendo por referência a ideologia biomédica, pelo que este é concebido como intrínseco à prática da Medicina”; CARLA GONÇALVES, in “A Responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa”, Centro de Direito Biomédico, 14, p. 40 (Nota 58): “em uma perspectiva mais otimista, espera-se que, em um futuro próximo, a Medicina consiga controlar os seus riscos de forma mais expressiva (tal como outros setores o fizeram). Todavia convém não olvidar que as possibilidades de desenvolvimento da ciência médica são quase tão extensas quanto os limites da criatividade humana, ou seja, mesmo que as barreiras éticas e jurídicas existam, a Medicina tem diante de si um caminho muito amplo. Isto quer dizer que, por mais que os riscos de hoje venham a ser controlados, no futuro o mais provável é que novos riscos venham, sempre, a surgir”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “A responsabilidade civil...”, p. 96 (Nota 231): “à objetiva incerteza da eficiência das terapias médicas acresce a aleatoriedade inerente à individualidade do organismo do concreto doente, que pode ser mais receptivo ou reativo a essas terapias”.

(81) SÉRGIO PAULO, SUSANA MENDES, RICARDO VIZINHO, ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, *op. cit.*, “Testes diagnósticos ...”, p. 1189, referindo-se ao processo aludido na Nota 71:

Os dois tipos de incerteza mais comuns com que os Médicos se confrontam são os que derivam das limitações dos conhecimentos médicos e os que resultam da incapacidade de dominar completamente o conhecimento disponível, nomeadamente quanto aos benefícios, perigos e limitações de novas técnicas ou drogas. Assim, a circunstância do bem-estar dos Clientes depender estritamente das decisões clínicas dos médicos confere uma maior visibilidade às consequências humanas que decorrem da incerteza, das limitações e da fiabilidade médica<sup>[LXXVI]</sup>.

Acresce a isto um outro nível de incerteza que resulta do facto de as estratégias de padronização poderem ser, paradoxalmente, geradoras de mais problemas no contexto da socialização profissional dos Médicos, dado que implicam novas formas de pesquisa e recolha de informação que exigem competências técnicas de natureza estatística<sup>[LXXVII]</sup>.

Isto significa, portanto, que as recomendações terapêuticas e as revisões sistemáticas da literatura nem sempre são acessíveis, suficientes ou adequadas para lidar com a complexidade de muitas situações concretas, circunstância que pode justificar o recurso complementar à experiência clínica e, deste modo, conduzir à reapreciação do julgamento clínico e valorização de preocupações de teor humanista<sup>[LXXVIII]</sup>.

Neste sentido, face à constatação da impossibilidade de controlar e remover a incerteza por via da racionalidade científica, tem sido discutido e problematizado a importância de se promover uma rela-

---

*“se olharmos de mais perto este processo reparamos que afinal é um jogo de incertezas e de probabilidades que vão sendo modeladas com a informação recolhida, de forma a reduzir a incerteza inicial e poder tomar uma decisão”.*

(<sup>82</sup>) JOSÉ FRAGATA, *op. cit.*, “Risco clínico ...”, p. 41: “Por risco entende-se a probabilidade de ocorrência de um qualquer evento adverso”, p. 42: “A estratificação de risco, hoje em uso, assume como únicos determinantes de resultado o risco intrínseco à doença atual (natureza e estado clínico), o risco dito incremental que é devido às co-morbilidades associadas e, em menor percentagem à natureza do procedimento médico ou cirúrgico”; p. 81: “A performance clínica terá sempre de estar referenciada ao perfil clínico dos doentes (presença de doenças associadas, idade, estado pré-operatório crítico, etc.) e à dificuldade de execução técnica do procedimento. Esta última dependerá muito da capacidade de execução e da experiência, não só do cirurgião, como do hospital onde a cirurgia é realizada”.

ção dialética entre a prática clínica e o conhecimento científico<sup>[LXXXIX]</sup>. Ao fazê-lo, procura-se mostrar que o tipo de conhecimento tácito que é característico da clínica repousa sobre dimensões interpretativas e interacionais que devem exigir o desenvolvimento de rigorosas investigações qualitativas que integrem, de forma válida, “os particulares nos universais”<sup>[LXXX]</sup>, ou seja, que mostrem que, em abstrato, a arte não é oposta à ciência.

Atendendo aos limites da ciência médica e ao halo de indeterminação que se verifica sobre a relação biológica dos doentes aos tratamentos prescritos<sup>(83)</sup> (o chamado «génio da doença»)<sup>[LXXXI]</sup>, o médico não se obriga a curar o paciente, mas apenas a tratá-lo, a prestar-lhe os adequados cuidados de saúde, segundo a *leges artis*, ou seja, de acordo com o estado da arte e da ciência médica, à data em que tais cuidados de saúde são prestados. E isto porque “a Medicina e o risco caminham de mãos dadas”<sup>[LXXXII]</sup>. O Médico assume, geralmente, uma obrigação de diligência ou prudência, havendo, contudo, situações onde a obrigação assumida poderá ser de resultado.

Esta obrigação de tratamento<sup>(84)</sup> é de qualificar, regra geral, como tendo conteúdo indeterminado, uma vez que compete ao Médico a determinação concreta da prestação a realizar (art. 400.º, n.º 1, do Código Civil).

Em Medicina o resultado final (R) é função complexa da Doença e Co-Morbilidade (D&CoMb), da Dificuldade Técnica

(83) JOSÉ MARIA MIQUEL GONZALEZ/ANDREA MACÍA MORILLO, *op. cit.*, “La responsabilidad...”, p. 30: “la aleatoridad propia de la ciencia médica, que se ve influida por procesos naturales e intrínsecos al paciente — ajenos, pues, al control por parte del profesional sanitario — impede exigir a éste una responsabilidad basada unicamente en su actuación y en el dominio de su esfera de control”.

(84) MARIA JOÃO ESTORNINHO E TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “Direito da Saúde”, p. 200: da qual fazem parte: “a **anamnese** — que consiste na apreensão da história clínica do paciente através de um diálogo entre o médico e o paciente ou, se for caso disso, o seu representante legal; a **observação** — eventualmente através da utilização de aparelhos médicos, no sentido de captar a situação física e mental do paciente, de forma a poder realizar o diagnóstico; o **diagnóstico** — que consiste em subsumir os sintomas detetados e os resultados obtidos a uma determinada doença ou quadro clínico; a **indicação** — que consiste na verificação se uma determinada terapêutica é adequada ao paciente em face do diagnóstico realizado; a **terapêutica** — que compreende a definição das medidas terapêuticas adequadas”.

(D), da Performance Individual e Organizacional (PI&PO) e do Acaso (Ac)  $[R = F (D\&CoMb) + (D) + (PI\&PO) + (Ac)]$ <sup>[LXXXIII]</sup>. A cura, sempre que se verifique, é decerto concebível como um resultado, mas uma vez que não depende necessária e exclusivamente da atuação médica, não pode ser erigida como objeto do contrato. Tal objeto deverá antes confinar-se a um certo comportamento (ou atuação) especialmente qualificado sob o ponto de vista profissional, direcionado no sentido da cura ou da prevenção, que se limita, digamos assim, a funcionar como o ponto de referência da atividade desenvolvida pelo devedor (Médico).

O Médico não está obrigado a determinado resultado material (*opus*) ou imaterial (a cura como evento incerto), mas deve desenvolver uma atividade profissional tecnicamente qualificada na escolha e utilização dos meios mais idóneos a conseguir a prevenção, a cura ou a eliminação ou redução para padrões humanamente aceitáveis do sofrimento<sup>[LXXXIV]</sup>(<sup>85</sup>).

De acordo com a doutrina dominante, a obrigação que recai sobre o médico é geralmente uma obrigação de meios ou de diligência<sup>[LXXXV]</sup>(<sup>86</sup>). Só excecionalmente será de resultado(<sup>87</sup>).

(<sup>85</sup>) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, p. 87: “*A referência [no art. 1154.º do Código Civil] a «certo resultado» não é impeditiva desta qualificação, antes a confirma. No caso, o resultado do trabalho intelectual é o tratamento e não a cura*”.

(<sup>86</sup>) MANUEL DE ANDRADE, in “*Teoria Geral das Obrigações*”, p. 414: “*embora o doente busque, naturalmente, ao recorrer ao médico, a sua cura, a sua saúde perdida — ou que ele lhe evite um estado de doença —, o médico não se obriga à produção de tal resultado, mas apenas a empregar uma certa diligência para tentar curar o doente ou evitar o mal que ele receia; somente se vincula — por outras palavras — a prestar-lhe assistência, mediante uma série de cuidados ou de tratamentos aptos a curar. Só a isso se obriga, só por isso responde*”, apud PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, “*Responsabilidade civil ...*”, pp. 202/203; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 96: “*no que concerne à Medicina, a álea técnica presente (...), dada a elevada componente que a incerteza joga no êxito dos atos praticados pelo médico (...) conduzirá a que as obrigações do médico sejam consideradas, em regra, meras obrigações de meios (...)* “*o próprio objeto da obrigação é constituído, nestes casos, somente pela diligência exigível ao devedor, não se incluindo aí o resultado perspectivado e pretendido com o seu cumprimento*” (...); ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “*O consentimento informado...*”, pp. 423-433.

(<sup>87</sup>) MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, pp. 204/205: “*tem-se defendido que a qualificação da obrigação de tratamento como obrigação de meios depende da questão de saber se a atuação médica em causa comporta*

Nas obrigações de meios o devedor obriga-se a adotar o grau de diligência necessária e exigível para a realização da prestação, enquanto nas de resultado se compromete a alcançar determinado objetivo, que representa a satisfação do interesse do credor<sup>(88)</sup>.

No âmbito da Relação Médico/Cliente, sempre que a prestação profissional do Médico for de dificuldade extraordinária, a

---

*uma margem de risco ou se, perante o estado atual da ciência, a incerteza é praticamente inexistente quanto à obtenção do resultado. Tendencialmente, há, pois, determinadas obrigações assumidas pelo médico que configuram verdadeiras obrigações de resultado. Assim será, por exemplo, nas seguintes situações: a) — a realização de exames médicos, sempre que a aplicação da técnica em causa assegure, com elevado grau de certeza, a obtenção da informação pretendida, não envolvendo, portanto, o risco de um resultado que não está na disponibilidade do médico; b) — aplicação de próteses, embora a possibilidade de rejeição da prótese pelo organismo possa introduzir um fator de risco que não está inteiramente na disponibilidade do médico; c) — cirurgia estética, em relação ao resultado estético prometido; d) — (...) a obrigação de realização de diagnóstico correto deve ser qualificada como obrigação de resultado (...) se o médico dispõe de todos os elementos necessários à realização do diagnóstico (...) o médico deve, perante os dados que conhece ou deveria conhecer, fornecer o diagnóstico correto da situação clínica do doente”; CARLA GONÇALVES, in “A Responsabilidade médica objetiva”, in Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, 11, p. 363: “exemplo clássico de uma intervenção médica que pode dar origem a uma obrigação de resultados é a cirurgia estética (em oposição à corretiva). Há, entretanto, um forte movimento no sentido de excluir qualquer tipo de procedimento cirúrgico do campo das obrigações de resultado, tendo em vista que, todas as cirurgias envolvem certos riscos que nem sempre poderão ser controlados pelos especialistas. Ao lado da cirurgia estética fala-se ainda das análises óticas, na aplicação do dispositivo intrauterino”; VANSWEEVELT, in “La responsabilité civile du médecin et de l’Hôpital”, n.ºs 94-116, distingue, nas relações Médico/Cliente, três diferentes tipos de obrigações de resultado: as que resultam da lei; as que resultam da vontade das partes e as que são intrinsecamente de resultados. Assim, relativamente às primeiras, seriam obrigações de resultado as que resultassem de lei expressa, sendo impostas sem dar liberdade de apreciação ao Médico: obrigações de respeitar o segredo profissional, de socorrer uma pessoa em perigo, etc.. Enquadram-se no segundo grupo aquelas que derivam da vontade expressa por uma das partes, quer no sentido de identificar os meios a utilizar na prestação a realizar e/ou de identificar o resultado a atingir com essa prestação. Integrariam o terceiro grupo aquelas situações em que a prestação a realizar não apresenta qualquer tipo de caráter aleatório. Vide ANDRÉ DIAS PEREIRA, op. cit., “O consentimento informado...”, pp. 429-431.*

<sup>(88)</sup> LLAMAS POMBO, apud VAZQUEZ FERREYRA, in “Daños y perjuicios en el ejercicio de la Medicina”, p. 128: “é, então, necessário abandonar uma perspectiva global da atividade do médico, considerando cada fragmento individualizável da mesma, e, desta forma, atendendo à álea que o caracteriza, poder-se-ão distinguir obrigações fragmentárias de atividade e obrigações fragmentárias de resultado”, apud RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., “A responsabilidade civil...”, pp. 98/99.

obrigações é de meios, e sempre que tal dificuldade for ordinária, a obrigação é de resultado<sup>(89)</sup>.

Relativamente à cirurgia estética, em relação a resultados prometidos é, no mínimo, de muita duvidosa validade uma cláusula contratual desse jaez<sup>(90)</sup>.

---

<sup>(89)</sup> PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, “Responsabilidade civil ...”, p. 213; RICARDO LUCAS RIBEIRO, in “Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado”, pp. 19/20: “podemos descrever as obrigações de resultado como sendo aquelas, em virtude das quais o devedor fica adstrito, em benefício do credor, à produção de um certo efeito útil, que atua satisfatoriamente o interesse creditório final ou primário, isto é, o interesse que em último termo o credor se propõe alcançar: (...). No plano oposto, situam-se as obrigações de meios, em que o devedor se obriga apenas a desenvolver uma atividade ou conduta diligente em direção ao resultado final (realização do interesse primário do credor), mas sem assegurar que o mesmo se produza”, p. 23: “nas obrigações de resultado a diligência (entendida que vai em sentido técnico) insere-se no Tatbestand de imputação dos efeitos do incumprimento ao devedor e não no inadimplemento verificado; nas obrigações de meios, pelo contrário, a diligência extravasa do plano da imputabilidade para invadir outrossim o plano do inadimplemento”.

<sup>(90)</sup> ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “O consentimento informado....”, p. 422: “por vezes, o médico garante que vai alcançar determinado resultado (máxime, no domínio da cirurgia estética). Tal cláusula afigura-se de discutível validade na relação médico-paciente já que a atividade cirúrgica é eminentemente uma obrigação de meios”; ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “Procriação assistida ...”, p. 254: “se a(s) certeza(s) que o médico transmite ao cliente são, sobremaneira, inconsistentes, sob o ponto de vista da ciência e prática médicas, e o médico está ciente disso mesmo, poderá dizer-se que estamos em face de uma situação de dolo. (...) O tratamento a dar a tais situações é no essencial o mesmo que cabe aos chamados tratamentos arbitrários não autorizados. Se porventura a «garantia» assumida pelo médico não vai para além de uma genérica certeza de que tudo correrá pelo melhor, será pouco curial considerar que o médico assume uma obrigação de resultado, pois que, não podendo ocultar ao doente os riscos do tratamento, nada o impede, todavia, de mostrar perante ele um fundado otimismo. A obrigação do médico continuará, em tal caso, a ser uma pura obrigação de meios”; CARLA GONÇALVES, *op. cit.*, “A Responsabilidade civil ...”, p. 29: “há, entretanto, um forte movimento no sentido de excluir qualquer tipo de procedimento cirúrgico do campo das obrigações de resultado, tendo em vista que todas as cirurgias envolvem certos riscos que nem sempre poderão ser controlados pelos especialistas”. Nesse sentido, vide Código Deontológico da Ordem dos Médicos: art. 12.º, n.º 3 — “é particularmente grave a divulgação de informação suscetível de ser considerada como garantia de resultados ou que possa considerar-se publicidade enganosa”; 19.º, n.º 1 — “a publicitação de estudos, investigações ou descobertas científicas deve ser feita através de revistas ou de outras publicações de caráter estritamente técnico-científico, sendo vedada a sua publicação noutros meios de comunicação com fins de autopromoção”; 20.º, n.º 2 — “o médico não deve fomentar notícias referentes à sua pessoa que possam, de alguma forma, consubstanciar publicidade à sua atividade profissional”.

“A natureza aleatória do resultado pretendido constitui o principal critério distintivo das duas modalidades de obrigações e reflete-se na disciplina aplicável a cada uma, justificando as diferenças de regime, não só no plano dos encargos probatórios, mas também no plano do regime aplicável ao seu incumprimento, nomeadamente no que concerne às causas de exoneração do devedor”<sup>[LXXXVI]</sup>.

A diferenciação entre obrigação de meios e de resultados tem a sua origem em França e resultou da necessidade de superar a contradição existente entre a redação dada aos arts. 1137.º e 1147.º do *Code Civil* sobre o ónus da prova da culpa na responsabilidade civil contratual<sup>(91/92)</sup>.

---

(91) R. DEMOGUE, in *“Traité des obligations en général”*, Paris, pp. 536 e ss., com referência à obrigação do médico (pp. 539 e ss.); MANUEL DE ANDRADE, *op. cit.*, “*Teoria Geral ...*”, pp. 410/415: “*Trata-se de uma distinção que muitas vezes se atribui a DEMOGUE, mas que, em verdade, já antes dele tinha sido formulada na doutrina alemã (BERNHOF e FISCHER) embora sob diferente terminologia (...). Na doutrina alemã a distinção aludida encontra certa correspondência na classificação das obrigações em Abgabeschulden (dívidas de entrega) e Beshaffungsschulden (dívidas de obtenção)*”.

(92) RICARDO LUCAS RIBEIRO, *op. cit.*, “*Obrigações de ...*”, pp. 53 e ss., sobre os critérios de distinção entre obrigações de meios e de resultado: **I — Critérios objetivos de distinção entre obrigações de meios e de resultado: 1 — O critério da álea:** «*Na falta de outras circunstâncias que permitam descobrir a vontade das partes, indagar-se-á se a realização do fim perseguido pelo contrato apresenta uma álea. Quando essa realização for aleatória, deve supor-se que a obrigação assumida é somente de providência e diligência [de meios], porque normalmente, um devedor não se compromete a obter um resultado aleatório. (...) Quando, pelo contrário, a realização do resultado, em vista do qual o contrato foi firmado, não for aleatória, pode, normalmente, estimar-se que o devedor prometeu essa realização*» (HENRI MAZEAUD/LÉON MAZEAUD/JEAN MAZEAUD/FRANÇOIS CHABAS, in *“Leçons de Droit Civil”*, pp. 15-16); **2 — O critério da aceitação dos riscos:** a aplicação deste critério pressupõe uma realidade fática polarizada em torno de dois elementos fundamentais: a produção de um dano e a colocação voluntária do lesado numa situação potencialmente danosa. Só a partir desta configuração é que há uma base mínima para se afirmar a aceitação de riscos pelo lesado. A aceitação de tais riscos pelo lesado faz diminuir a intensidade da relação obrigacional, constituindo indício de uma obrigação de meios; **3 — O critério da maior ou menor determinação da prestação prometida:** cada vez que uma pessoa promete executar uma “prestação determinada”, com contornos jurídicos e materiais precisos, essa pessoa suporta uma obrigação de resultado. Pelo contrário, se o devedor, sem assegurar o fim a alcançar, se reservar uma maior ou menor liberdade de ação, a prestação que ele terá de cumprir será “indeterminada”, submetendo-se às regras relativas às obrigações de meios (JOSEPH FOSSARD, in *“La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat”*, pp. 167-168); **II — Critérios subjetivos da distin-**

Exatamente por causa disso, e no que tange ao ordenamento jurídico pátrio, onde tal contradição não existe, a introdução dessa classificação/diferenciação poderá ser dogmaticamente perturbadora face à presunção de culpa estabelecida no art. 799.º, n.º 1, do Código Civil, pelo que seria preferível renunciar a ela, estabelecendo o elenco adequado dos deveres principais e acessórios que incidem sobre o Médico ou a Unidade privada de Saúde. Depois, mesmo numa obrigação de meios há, também, pelo menos, um resultado a alcançar de imediato, que equivale à satisfação daquele interesse instrumental colocado ao serviço do interesse final, cujo cumprimento se verifica com a adoção da conduta encaminhadora para a obtenção do resultado pretendido pelo credor. “Por isso, a distinção maniqueísta entre obrigações de meios e de resultado não parece totalmente de acolher, já que todas as obrigações são de resultado — o resultado devido é que é diferente”<sup>(93/94)</sup>. Para além

---

**ção das obrigações de meios e de resultado: 1 — *A situação do devedor*:** a distinção dependeria da situação do devedor, se fosse membro das profissões liberais estaríamos perante obrigações de meios, se integrar o grupo dos ofícios (*métiers*), seriam obrigações de resultado (RENÉ DEMOGUE, *op. cit.*, “*Traité des ...*”, I, p. 544); **2 — *A análise dos direitos do credor (vítima)*:** se o contrato afeta a integridade corporal ou a vida do credor (que são bens jurídicos dignos de uma especial proteção por parte do ordenamento jurídico), as obrigações que dele derivam devem ser consideradas obrigações de resultado. Contrariamente, as obrigações destinadas a evitar um dano de natureza puramente económica ou moral, são obrigações de meios (BORIS STARCK, in “*Droit Civil. Obligations*”, pp. 343 e 527).

<sup>(93)</sup> CALVÃO DA SILVA, in “*Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*”, 2.ª ed., Separata do Vol. XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 116/117: “*também se pronuncia no sentido da inexistência de uma distinção marcada entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado, no sentido de que todo o vínculo obrigacional participa de uma dupla natureza: por um lado, o seu cumprimento exige sempre do devedor a adoção da diligência necessária à satisfação do interesse do credor, e nessa medida será sempre de meios; por outro lado, através do cumprimento o credor alcança diretamente a obtenção do interesse creditório final, ou, pelo menos, mediata e eventualmente, através da efetiva satisfação de um interesse intermédio tendente à satisfação do primeiro (e, assim, será sempre uma obrigação de resultado)*”, apud RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 117 (Nota 295).

<sup>(94)</sup> MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, “*Direito das ...*”, pp. 358/359 empenha-se em refutar os termos da distinção, respaldando a ideia de que todas as obrigações são de resultado, uma vez que só este interessa ao credor, estando, portanto, em causa a natureza do resultado procurado nas suas infinitas graduações; MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, “*Direito das ...*”, pp. 128/130: declara não haver base no nosso direito para distinguir entre obrigações de meios e obrigações de resultado; FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”,

disso, esta diferenciação é apenas aplicável às situações de responsabilidade contratual<sup>(95)</sup>.

---

pp. 110/112, prefere renunciar a esta perspectiva dicotómica das obrigações, alegando que ela pode constituir elemento de perturbação face à presunção de culpa plasmada no art. 799.º, n.º 1 do Código Civil e, conseqüentemente, acaba de ser fonte de confusões ou imprecisões que pretenderia evitar; MANUEL DE ANDRADE, *op. cit.*, “*Teoria Geral das Obrigações*”, pp. 413/415 e ALMEIDA E COSTA, *op. cit.*, “*Direito das ...*” pugnam pela relevância da distinção em matéria de impossibilidade superveniente da prestação imputável ao devedor, atribuindo-lhe o seguinte efeito prático: em tratando-se de obrigações de meios, quer a impossibilidade objetiva de resultado quer a subjetiva exoneram o devedor; em tratando-se de obrigações de resultado, a impossibilidade subjetiva não exonera o devedor, pelo que só a impossibilidade objetiva produzirá esse efeito exoneratório; ÁLVARO DIAS, “*Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica*”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, II, 3, p. 30 e *op. cit.*, “*Procriação assistida ...*”, p. 225, tira conseqüências da distinção entre os dois tipos de obrigações ao nível da repartição do ónus de prova, entendendo ter cabimento a presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, na responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de resultado, mas não na responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de meios; RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, “*Da prova ...*”, pp. 115/118, acompanha este último autor, bem como os acima referidos na conclusão a que chegam quanto ao relevo da distinção em sede de impossibilidade superveniente da prestação por causa não imputável ao devedor; CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, “*Contrato e deveres ...*”, pp. 335/337 entende que a presunção de culpa tem um alcance distinto, consoante se esteja perante um caso de responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de resultado (em que a presunção se alarga de forma a contemplar, para além da censurabilidade da conduta do devedor, a existência de um comportamento faltoso do devedor e a causalidade entre esse mesmo comportamento e a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso verificados) ou perante um caso de responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de meios (em que a presunção de culpa tem um significado redutível à censurabilidade pessoal da conduta do devedor); PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, “*Responsabilidade civil ...*”, p. 254, defende que na responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de resultado, o art. 799.º se combina com um critério de tipicidade/ilicitude referido ao resultado, pelo que exonera o credor do ónus de alegar e de provar a tipicidade/ilicitude e a culpa, enquanto que na responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações de meios, ele se combina com um critério de tipicidade/ilicitude referido á conduta, pelo que não exonera o credor do ónus de alegar e provar a tipicidade/ilicitude; *apud* RICARDO LUCAS RIBEIRO, *op. cit.*, “*Obrigações de ...*”, pp. 39/41.

(95) RICARDO LUCAS RIBEIRO, *op. cit.*, “*Obrigações de ...*”, p. 43: “*a ordem extracontratual de proteção de bens e direitos (absolutos) ou, melhor dito, de tutela do status quo pessoal e patrimonial é assegurada por um dever geral de abstenção (obrigação negativa ou passiva universal), imposto indistintamente a todos os membros da comunidade jurídica, que exorbita o conceito de obrigação em sentido técnico. Não se pode, pois, falar em obrigações pré-existentes no domínio extracontratual. Só com a violação do dever geral de abstenção e com a produção de dano na esfera jurídica alheia é que surge uma verdadeira obrigação, que é a obrigação de indemnizar (...). A dicotomia em causa antes se circunscreve ao âmbito da responsabilidade obrigacional, sendo que o seu campo de aplicação por excelência é o campo das relações contratuais*”.

### 2.3. *A questão da responsabilidade civil médica*

O tema da responsabilidade civil profissional é “traíçoeiro”. A ausência de uma disciplina autónoma não esconde, antes evidencia o facto de o conflito de interesses específicos neste setor ser dificilmente dirimido à luz do quadro geral da responsabilidade civil<sup>[LXXXVII]</sup>.

“O setor da responsabilidade civil médica surge como um “banco de prova” ou “*terreno sperimentale*” para novas soluções, constituindo, nessa medida, uma “*frontiera avanzata*” da responsabilidade civil”, mostrando, assim, “sintomas das dificuldade que o direito sente na apreciação dessas hipóteses, e sinais reveladores da falência dos regimes tradicionais da responsabilidade civil para responderem adequadamente às questões particulares por elas colocadas”<sup>[LXXXVIII]</sup>.

Visa-se agora determinar em que esfera jurídica se deve localizar o efeito nefasto decorrente da consumação de um dano: se na de quem o sofreu, ou na de quem o causou<sup>[LXXXIX]</sup>.

Se a obrigação contratual assumida pelo Médico perante o Cliente for integralmente cumprida no prazo previsto, o contrato que eles haviam celebrado extingue-se pelo cumprimento<sup>(96)</sup>. Este é o ciclo normal, desejável, da relação contratual, designadamente da estabelecida entre o Médico e o Cliente. Se, em vez disso, o Médico não cumprir essa obrigação, ou a cumprir fora de prazo<sup>(97)</sup>, ou de forma defeituosa<sup>(98)</sup>, poderá ser demandado, quando, em

---

(96) BRANDÃO PROENÇA, in “*Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*”, p. 18: “o cumprimento é, sem dúvida, o momento fundamental na “vida” da obrigação, extinguindo-a”.

(97) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, p. 115: “o médico que não comparece (ou comparece após um tempo razoável de espera pelo doente) constituiu-se em mora. A mora transforma-se em incumprimento definitivo se o credor (doente) perdeu entretanto o interesse na prestação ou se o médico (devedor ou auxiliar do cumprimento) continua a não comparecer no prazo razoável fixado pela outra parte (art. 808.º)”.

(98) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, p. 116: “o cumprimento é defeituoso sempre que haja desconformidade entre as prestações devidas e aquelas que foram efetivamente realizadas pelo prestador de serviços médicos (...) considera-se que o tratamento é defeituoso quando seja desconforme com a “lei da arte

razão dessas situações contratualmente patológicas, tiver advindo para o Cliente um dano<sup>(99)</sup>.

Pese embora o facto de ser contratual a relação que se estabelece entre o Médico e o Cliente, a responsabilidade que da mesma possa advir pode ser contratual e/ou extracontratual<sup>(100)</sup>.

---

*médica”, de harmonia com o estádio dos conhecimentos da ciência ao tempo da prestação dos cuidados de saúde”.*

<sup>(99)</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 46: “*o efeito gerado pela responsabilidade civil é precisamente o de provocar o nascimento, na esfera jurídica do lesante, de uma obrigação de indemnização, que tende a eliminar as consequências negativas derivadas, para o lesado, de um comportamento daquele, reconstruindo a situação que hipoteticamente existiria, na falta do respetivo comportamento*”.

<sup>(100)</sup> Sobre a possibilidade de cúmulo dos dois institutos ver: RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, “*Direito das ...*”, p. 210: “*em todos estes casos existe um único dano, produzido por um único facto. Só que este, além de constituir violação de uma obrigação contratual, é também lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física*”; PINTO MONTEIRO, “*Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, XXVIII, p. 400: “*não se trata, é bom de ver, de o credor obter duas indemnizações, mas antes de obter uma indemnização única, gozando porém da liberdade de escolher, para esse efeito, o regime contratual ou o regime extracontratual*”; também VAZ SERRA, “*Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 85, pp. 230 e ss., no âmbito dos trabalhos preparatórios, propôs a solução de ser permitido ao credor optar por um ou outro regime, e até de cumular regras de uma ou outra forma de responsabilidade; MOTA PINTO, *op. cit.*, “*Cessão da ...*”, p. 411: “*representando a violação do dever contratual de proteção, simultaneamente um facto ilícito extracontratual, o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou a extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável*”; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, “*Responsabilidade médica ...*”, pp. 38 e ss.: “*pensamos que na inexistência de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como solução natural, a concorrência (rectius, cumulo) de responsabilidades*”; ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, (“*Procriação assistida ...*”), p. 228: “*somos levados a concluir que a natureza da responsabilidade médica não é unitária e que, ao lado de um quadro contratual que constitui a regra, deparamos com situações múltiplas, em que a natureza delitual da responsabilidade é absolutamente indiscutível*”; ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “*O consentimento informado ...*”, p. 51; MOTA PINTO/CALVÃO DA SILVA, “*Responsabilidade civil do produtor*”, in *Direito Civil*, pp. 148/149; SINDE MONTEIRO, in “*Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil*”, p. 8. Em termos práticos a possibilidade do credor lesado (o Cliente) poder demandar o devedor lesante (o Médico) cumulando a responsabilidade civil contratual com a extracontratual, poderá ser, para ele, relevante, porquanto as principais diferenças entre esses dois regimes podem sintetizar-se nos seguintes termos: **a)** — Prazo Prescricional — é mais longo na contratual (art. 309.º do Código Civil: 20 anos) que na extracontratual (art. 498.º: 3 anos); **b)** — inversão do ónus da prova quanto à culpa — inverte-se na contratual (art. 799.º, n.º 1), não se inverte na extracontratual (art. 487.º); **c)** — regime da responsabilidade por atos de terceiros — o

O critério de distinção entre os dois tipos tradicionais de responsabilidade civil deve enunciar-se nos seguintes termos: a responsabilidade contratual provém da violação de um dever especial; a responsabilidade extracontratual provem da violação de um dever geral, de um direito absoluto: à liberdade, à vida ou à integridade física e psíquica do Cliente<sup>(101)</sup>.

Ressalvando as situações de responsabilidade objetiva<sup>(102/103)</sup>, para que o credor Cliente possa obter vencimento de causa numa

---

Médico chefe de equipa, na extracontratual, só responde se houver uma relação de comissão (art. 500.º), na contratual responde pelos atos das pessoas por ele utilizadas — *culpa in eligendo ou in vigilando* — para dar cumprimento à obrigação (art. 800.º): ver CARLA GONÇALVES, *op. cit.*, “A responsabilidade civil ...”, pp. 106-132. Contra a tese do cúmulo dos dois institutos, ver ALMEIDA E COSTA, *op. cit.*, “Direito das ...”, 4.ª ed., pp. 228-236, pp. 356-361: “*é inaceitável o sistema de ação híbrida. Afigura-se-nos substancialmente injusto que o lesado beneficie das normas que considere mais favoráveis da responsabilidade contratual e da extracontratual, afastando as que nos respetivos sistemas estabelecidos em paralelo e que com elas formam conjuntos orgânicos — repute desvantajosas*”; JAIME GOUVEIA, in “Da responsabilidade contratual”, p. 227, *apud* ÁLVARO DIAS, na *op. cit.* (“Breves considerações ...”), pp. 33-38; MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, “Direito das ...”, p. 125, *apud* PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, “Responsabilidade civil ...”, p. 200; PEDRO ROMANO MARTINEZ, in “Direito das Obrigações. Apontamentos”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2004, p. 86, sublinha a desadequação da distinção bipartida — responsabilidade contratual/extracontratual — considerando ser “*preferível proceder-se a uma distinção por pequenos núcleos de responsabilidade, tais como a do produtor, do vendedor, do empreiteiro, etc.; em suma, responsabilidades relacionadas com certas atividades e profissões*”.

<sup>(101)</sup> SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Civil”, in Revista de Direito e Economia, 4, 1, p. 319: “*Na vida em sociedade acontece frequentemente — e com maior frequência quanto maior o grau de densidade populacional e de desenvolvimento económico — que a atividade de alguns dos seus membros seja a fonte de danos causados a terceiros, os quais podem ser da mais diversa ordem: pode ser atingida a personalidade dos indivíduos, a sua saúde ou o seu corpo, os bens que possuem ou a própria vida*”.

<sup>(102)</sup> LIMA ALVINO, in “Da culpa ao risco”, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 143: “*foi assim em nome (...) das injustiças irreparáveis sofridas pelas vítimas, esmagadas ante a impossibilidade de provar a culpa, embora contemplando o esplendor de um princípio lógico natural e humano, mas incapaz de resolver com justiça, equidade e equilíbrio os problemas criados pelo homem*” *apud* CARLA GONÇALVES, *op. cit.*, “A Responsabilidade médica ...”, p. 365, onde afirma que “*o ordenamento jurídico acabou por rececionar o regime da responsabilidade objetiva, assegurando ao sujeito lesado a possibilidade de obter uma indemnização, mesmo que o dano não pudesse ser imputado a um comportamento culposo de um outro sujeito*”; GONÇALO ANDRÉ CASTILHO DOS SANTOS, *op. cit.*, “Responsabilidade objetiva ...”, p. 51, e sobre a questão da objetivação da responsabilidade através do instituto da presunção de culpa, defende que “*embora*

demanda contra o devedor Médico, terá de provar os pressupostos factuais integradores do *Tatbestand* da responsabilidade contratual e/ou extracontratual<sup>(104)</sup>. Têm de se verificar, cumulativamente, os seguintes pressupostos: a prática ou a omissão de um facto, que tem de ser ilícito, havendo culpa do agente, e do qual advenha um dano suportado por quem o sofre, já que só pode ser exigido o seu ressarcimento de outrem quando para tal exista um fundamento jurídico<sup>(105)</sup> —, e isto porque as situações geradoras deste tipo de responsabilidade civil incidirão, como já se deixou dito, sobre direitos absolutos<sup>(106)</sup>.

---

*eivada do enquadramento da imputação baseada na culpa, a técnica presuntiva (...) ganhou contornos de imputação quase-objetiva, atendendo, desde logo, às dificuldades de elisão por parte do lesante”, apud CARLA GONÇALVES, op. cit., “A responsabilidade médica ...”, p. 369, onde conclui que “sendo, aliás, por esta razão que já se tem afirmado que em causa está uma espécie de responsabilidade quase objetiva”.*

<sup>(103)</sup> Ensaio Clínicos: art. 15.º da Lei n.º 21/2014, de 16 de abril; Doação de órgãos ou tecidos humanos: art. 9.º da Lei n.º 12/93, de 22 de abril; Exposição a Radiações: art. 10.º do Decreto-Lei n.º 348/89, de 12 de outubro.

<sup>(104)</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “A responsabilidade civil...”, p. 84: “no que respeita ao direito português, para que nasça uma obrigação de indemnizar, por parte daquele profissional, quer ela se funde na responsabilidade contratual, quer se funde na responsabilidade extracontratual, necessário é que o médico pratique um facto (positivo ou negativo), ilícito, culposo, que cause um dano ao doente”.

<sup>(105)</sup> A indemnização que vier a ser arbitrada em sede de responsabilidade civil, apresenta-se com um duplo carácter: o de punição do lesante (função sancionatória) e o de ressarcimento/compensação do lesado (função ressarcitória/compensatória): vide ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “Das Obrigações ...”, 3.ª ed., p. 502; JÚLIO GOMES, in “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal” Revista de Direito e Economia, XV, pp. 105-144. Há, porém, quem entenda que ela assume também uma função preventiva (OLIVEIRA ASCENÇÃO, in “O Direito, Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva Luso-Brasileira”, pp. 57 e ss.; RUI SOARES PEREIRA, in “A responsabilidade por danos não patrimoniais. Do incumprimento das obrigações no Direito Civil”, pp. 219-226; GALVÃO TELLES, *op. cit.*, “Direito das ...”, p. 387; MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, “Direito das ...”, p. 286; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “Das Obrigações ...”, pp. 434/444, na medida em que o lesante, receando uma possível condenação, passa a tomar cuidados redobrados no sentido de evitar a consumação do dano.

<sup>(106)</sup> Situações há, porém, em que a responsabilidade médica é exclusivamente aquiliana: nos casos de ausência de contrato (paciente inanimado; incapaz sem representante legal; quando a intervenção médica não tenha sido precedida do necessário diálogo entre o médico e o paciente ou quando a intervenção médica é imposta por lei — Medicina do trabalho, escolar e, para alguma doutrina, hospitalar); de nulidade do contrato (por exemplo: aborto ilícito; contratos de disposição do corpo humano nulos por violadores da ordem pública, os bons costumes; quando o médico viola regras penais); se a vítima do

O problema básico consiste, assim, em saber em que circunstâncias o credor Cliente (lesado) pode exigir do devedor Médico (lesante) o ressarcimento dos prejuízos sofridos, tendo por base que “«o direito vivente» da responsabilidade médica aproxima-se de forma desvelada da satisfação de uma exigência de equilibrar relações de assimetria, entre dois sujeitos, conferindo proteção aos interesses daquele que se posiciona como consumidor de um serviço prestado por uma contraparte profissional e organizada”<sup>[xc]</sup>.

O “facto”<sup>(107)</sup> constitutivo da responsabilidade contratual e extracontratual pode ser uma omissão<sup>(108)</sup>, como também pode ser uma ação<sup>(109)</sup>.

Integra a “ilicitude”<sup>(110)</sup> a prática de factos que violem: direitos absolutos de outrem (de personalidade, propriedade, autorais, de família); direitos que protegem interesses alheios, quando a

dano não é parte do contrato ou o dano não deriva da inexecução do contrato — danos sem conexão com o ato médico; nos casos de responsabilidade dos médicos perante terceiros (emissão de atestados que não correspondem à verdade): ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “*O consentimento informado...*”, p. 40; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, pp. 62 e ss.

<sup>(107)</sup> ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “*Das Obrigações ...*”, 3.<sup>a</sup> ed., p. 419: *facto voluntário do lesante: “o elemento básico da responsabilidade é o facto do agente — um facto dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana — pois só quanto a factos dessa índole têm cabimento a ideia de ilicitude, o requisito de culpa e a obrigação de reparar o dano (...)*”.

<sup>(108)</sup> ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “*Das Obrigações ...*”, 3.<sup>a</sup> ed., pp. 419/420: “*a omissão, como pura atitude negativa, não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado; mas entende-se que a omissão é causa do dano sempre que haja o dever jurídico de praticar um ato que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano*”.

<sup>(109)</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, p. 117: “*a desconformidade pode incidir: — na deficiente escolha das prestações que compete ao médico particularizar (atos médicos inadequados, omissão de atos médicos adequados, atos inúteis); — na deficiente conexão entre os atos médicos selecionados.*”

<sup>(110)</sup> Relativamente à questão da (in)exigibilidade da ilicitude na responsabilidade objetiva: SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, “*Relatório sobre ...*”, p. 21, defende a exigibilidade do pressuposto da ilicitude. RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, “*Direito das ...*”, pp. 246/247, ALMEIDA E COSTA, na *op. cit.* “*Direito das ...*”, 9.<sup>a</sup> ed., p. 562, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “*Das Obrigações ...*”, pp. 524 e 636 e GONÇALO CASTILHO DOS SANTOS, *op. cit.*, “*Responsabilidade Objetiva ...*” defendem a inexigibilidade do pressuposto da ilicitude, p. 78; *apud* CARLA GONÇALVES, *op. cit.*, “*A Responsabilidade médica...*”, p. 368.

tutela de interesses particulares figure entre os fins da norma violada, ocorrendo o dano exatamente nesse círculo de interesses<sup>(111)</sup>.

Na determinação da ilicitude averigua-se se um dado comportamento, despido dos elementos relacionados com o seu autor, merece censura à luz do nosso ordenamento jurídico: formula-se um juízo objetivo<sup>(112)</sup>.

Para além do facto gerador de responsabilidade civil ser ilícito, tem o Médico de o praticar com culpa: o lesante, pelas suas capacidades e em face da circunstância concreta, “podia e devia ter agido de outro modo”<sup>[xci]</sup> merecendo, por isso, reprovação ou censura esse seu comportamento, atento o critério estabelecido no art. 487.º, n.º 2 do Código Civil. A culpa surge, assim, como uma relação de desconformidade entre o comportamento observado e a conduta devida, “no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais teria tido em circunstâncias semelhantes”<sup>(113)</sup>.

(111) VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, “Do ato ...”, p. 45: “a ilicitude pode resultar da violação dos deveres contratualmente estipulados, da violação do dever de informação, de deveres funcionais, de deveres de proteção ou de um direito de personalidade. No campo médico tudo isto aparece consignado sobre a categoria geral de *leges artis*, de modo que se concluirá pela existência da ilicitude quando se verifique uma violação da *leges artis*”; p. 48: “a ilicitude do ato médico tem que ser sempre demonstrada pelo lesado, nunca se presume (...). O que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso (ato ilícito) ele mesmo”.

(112) ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “Das Obrigações ...”, p. 435: “a ilicitude traduz, assim, a reprovação da conduta do agente no plano geral e abstrato em que a lei se colca, numa primeira aproximação da realidade”.

(113) ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “Procriação assistida ...”, pp. 340/341: “o médico deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com os padrões por que se regem os médicos sensatos, razoáveis e competentes do seu tempo. Impende sobre o médico o dever de se manter razoavelmente atualizado, através de um esforço permanente (...);” p. 348; mesmo autor na *op. cit.* “Culpa Médica ...”, pp. 23/24: “ao médico exige-se, por conseguinte, que atue com aquele grau de cuidado e competência que é razoável esperar de um profissional do mesmo “ofício” (especialista ou não especialista), agindo em semelhantes circunstâncias. Trata-se, por conseguinte, de substituir, no âmbito da profissão, o critério do bom profissional ao critério do bom pai de família. Só que é bom de ver que não pode exigir-se a um clínico geral (vulgarmente médico de família) o conhecimento de todas as mais recentes descobertas ou das técnicas de ponta que um especialista. O critério que permitirá avaliar a conduta efetivamente observada é “o bom profissional da categoria e especialidade do devedor” à data da prática do ato”;

Existe um nível mínimo de exigência que não pode ser postergado: “a culpa começa quando terminam as discussões científicas. A culpa surge quando um dado ato terapêutico, à luz dos conhecimentos médicos atuais, não serve a função de aproveitamento das chances de obtenção do resultado final pretendido”<sup>[xcii]</sup>.

Para uns a culpa presume-se quando a obrigação é de resultado, cabendo, por isso, ao devedor (Médico) provar que a não verificação da consequência pretendida advém de caso de força maior inultrapassável pela diligência exigível e efetivamente empregue<sup>(114)</sup>. Mesmo que a obrigação seja de meios, e pese embora o facto de a mera não ocorrência das consequências pretendidas não ser elemento suficiente para fazer presumir a culpa do devedor, “o ónus de prova da [inexistência de] culpa incide (...)

---

SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, “Responsabilidade médica ...”, p. 38, no que se refere aos critérios de apreciação da culpa “o n.º 2 do art. 799.º remete para os [critérios] aplicáveis na área extracontratual (art. 487.º, n.º 2). O critério é abstrato, não apenas no que respeita ao grau de cuidado e diligência como à capacidade profissional”; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “Os contratos civis ...”, pp. 117/118: “Qualquer grau de culpa é suficiente: dolo, mera culpa (grave ou leve), a apreciar em função do critério do art. 487.º, n.º 2 («diligência de um bom pai de família») que nestas circunstâncias se deverá entender como a diligência normal de um médico daquela especialidade (...); PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, “Responsabilidade civil ...”, p. 481: “na apreciação da culpa não se pode atender a aspetos relacionados com o médico em concreto, como o facto de ser jovem ou idoso, experiente ou inexperiente (...)”. Em sentido contrário, TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade civil médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, p. 135, onde defende que a diligência médica exigível depende do grau de especialização do médico, *apud* MARIA JOÃO ESTORNINHO/TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “Direito da Saúde”, p. 299.

<sup>(114)</sup> MENEZES CORDEIRO, in “Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais”, *Lex*, pp. 469/470 e 485: “perante a falta de cumprimento duma obrigação, presume-se que o devedor agiu ilícitamente, com culpa, de tal modo que os danos correspondentes à supressão das vantagens asseguradas pelo vínculo violado lhe são imputáveis”; PINTO MONTEIRO, in “Cláusula penal e indemnização”, p. 266: “nas obrigações de meios tanto a impossibilidade objetiva, como a impossibilidade subjetiva não imputáveis, liberam o devedor; nas obrigações de resultado, só a impossibilidade objetiva não imputável o exonera”; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “Das Obrigações ...”, p. 88: “a prova deste incumprimento [de um dever geral de diligência] recai sobre o paciente, mas a culpa — o juízo de censura que se faz àquele concreto agente por não agir com «a diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso» (art. 487.º, n.º 2, ex vi 799.º, n.º 2) — é presumida pela lei (art. 799.º, n.º 1 do Código Civil”, *apud* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “O consentimento informado...”, p. 426.

sobre o devedor inadimplente”(115). Para outros, “a culpa terá que ser demonstrada positivamente e tal demonstração será indispensável para que se possa falar em incumprimento”[<sup>xciiii</sup>], pois que haverá uma presunção de diligência que caberá ao credor (Cliente) destruir[<sup>xciiv</sup>].

Outros há, ainda, que defendem que o regime geral da responsabilidade contratual deve ser aplicado integralmente, incluído a presunção de culpa do devedor, nele previsto(116).

Desse facto ilícito e culposo do Médico terá de advir para o Cliente um dano[<sup>xcv</sup>]: patrimonial — lucros cessantes ou danos emergentes —, e/ou não patrimonial, fornecendo, o legislador, o

(115) ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “O consentimento informado...”, pp. 425/426: “a natureza da obrigação de meios só tem por consequência que o paciente tenha de provar o incumprimento das obrigações do médico, isto é, tem de provar que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis. Isto é, quiçá, o mais difícil de conseguir. Mas, em todo o caso, é diferente ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recurso às leis da arte e da ciência médica, ou ter de provar que aquele médico, naquelas circunstâncias, podia e devia ter agido de maneira diferente. A prova de que estas circunstâncias não se verificaram, estará o médico em melhores condições de o fazer. Parece pois justo impor-lhe esse ónus” prova deste incumprimento (...); CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “Os contratos civis ...”, pp. 117/118: “quem invoca tratamentos defeituosos, como fundamento da responsabilidade civil contratual, tem de provar (...) a desconformidade (objetiva) entre os atos praticados e a *leges artis* (...). Feita essa prova, o médico (ou clínica) só se exonera da responsabilidade se provar que a desconformidade não é devida a culpa sua (...)”, *apud* ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “O consentimento informado...”, p. 426.

(116) LEBRE DE FREITAS, “A responsabilidade dos profissionais liberais” in Estudos sobre direito civil e processo civil, p. 821: “no caso da obrigação de meios, a tradicionalmente chamada presunção de culpa (...) não deixa de operar nos termos gerais”. No mesmo sentido: SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, “Responsabilidade médica ...”; CUNHA GOMES RODRIGUES, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in *Direito e Justiça*, XIV, 3, pp. 182 e ss. e 209; GOMES DA SILVA, in “O dever de prestar e o dever de indemnizar”, I, p. 321; CARNEIRO DA FRADA, in “Terceira via no direito da responsabilidade civil — o problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades”, p. 29: “a inversão do ónus da prova da culpa na responsabilidade obrigacional não atinge apenas a questão da censurabilidade da conduta do devedor como pressuposto da pretensão indemnizatória” (...) mas também “a existência de um comportamento faltoso do devedor e a causalidade entre esse comportamento e a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso na prestação verificados. Provada a falta ou deficiência da prestação realizada, a lei presume que elas repousam numa atitude ilícita, faltosa do devedor, eximindo, nessa medida, o credor da prova do comportamento concreto que deu origem a esse incumprimento ou a essa deficiência na prestação realizada”.

critério geral delimitador dos danos ressarcíveis: arts. 483.º e 798.º do Código Civil.

Esse dano terá de ter um nexos causal com o facto, nos termos definidos nos arts. 562.º e 563.º do Código Civil, que determina um duplo juízo<sup>[xcvi]</sup>: deve averiguar-se se o ato do agente foi, em concreto, uma *condição sine qua non* da produção do dano, por um lado, já que, por outro, deve procurar determinar-se se, sob o ponto de vista jurídico, o ato deve ser considerado causa do dano<sup>(117)</sup>.

Uma vez que a responsabilidade médica é por factos ilícitos culposos, “o facto que atuou como condição do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se, dada a sua natureza geral se mostrar, de todo em todo, indiferente para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude de circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam o caso concreto”<sup>[xcvii]</sup>. A opção por esta formulação negativa acaba por se repercutir a nível da prova, já que o lesado Cliente apenas terá de provar que o facto foi condição do dano, cabendo ao lesante Médico demonstrar que tal condição é em geral inidónea para determinar aquele prejuízo, tendo, assim, ele sido uma consequência anormal da referida condição.

A questão da prova do nexos de causalidade é exatamente a *vexato quaestio* da responsabilidade civil médica, atenta a álea que envolve o exercício da Medicina e ao consequente desconhecimento da exata sucessão de acontecimentos posteriores à aplicação dos conhecimentos técnicos da ciência médica<sup>(118)</sup>.

---

(117) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de junho de 2004 (NORONHA DO NASCIMENTO): “a apreciação do nexos de causalidade envolve dois patamares distintos. A determinação da sequência naturalística dos factos, em ordem a determinar se um causou o outro e/ou qual foi a ordem cronológica causal dos factos e seus efeitos, constitui matéria de facto que cabe às instâncias fixar (...). Há, porém, um segundo patamar: referimo-nos àquele outro que implica o confronto daquela sequência cronológica com as regras que delimitam o conceito de causalidade adequada (art. 563.º). Aqui há já uma operação de subsunção jurídica que pode ser sindicada pelo tribunal de revista (...).”

(118) RIBEIRO DE FARIA, in “Da prova na responsabilidade civil médica — Reflexões em torno do direito alemão” in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, I, p. 124: a prova do nexos causal é a maior dificuldade colocada ao doente, constituindo a “autêntica pedra de toque da responsabilidade médica”; LLAMAS POMBO, apud VAZQUEZ FERREYRA, *op. cit.*, “Daños e prejuicios ...”, p. 128: “a multiplicidade e comple-

É que a intervenção médica decorre em razão de fatores orgânicos ou traumáticos que poderiam vir a ser, por si só, uma causalidade natural do dano verificado, não fora aquela intervenção clínica. Logo, após essa intervenção médica, àquela causalidade incorpora-se a resultante da própria intervenção, o que dificulta ou impede a tarefa de destrinçar a eficácia de cada uma delas na produção do dano verificado, e a afirmação de que aquele concreto “Ato Médico” constituiu a condição necessária para a ocorrência daquele concreto dano<sup>(119/120)</sup>.

Isto posto, e não esquecendo a “conspiração do silêncio”<sup>[xcviii]</sup>, só a ciência médica tem competências para dizer ao jurista se determinado resultado foi ou não causa de uma concreta ação, embora este não fique preso ao raciocínio daquela, uma vez que os pressupostos sobre os quais recai cada uma das avaliações são diferentes: na ciência médica procura-se averiguar em que medida aquela hipótese confirma ou infirma a lei probabilística que ela havia incorporado no seu corpo de saber científico; o jurista procura determinar as possíveis relações de causa-efeito existentes entre os vários eventos ocorridos na situação analisada, para poder aplicar o direito.

---

*xidade de fatores atuantes, que, ao lado do erro do médico, podem assumir a qualidade de causa do dano verificado, conduz a que se fale de uma “causalidade médica”, apud RUTE TEIXEIRA PEDRO, op. cit., “A responsabilidade civil...”, p. 153.*

<sup>(119)</sup> ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “Procriação assistida ...”, p. 252: “a terapêutica, por seu turno, comporta sempre uma certa margem de desconhecido no que toca aos efeitos secundários de certos medicamentos ou técnicas, às complicações que daí podem advir e, não raro, à sua inexplicável inoperância”.

<sup>(120)</sup> PEREIRA COELHO: *in* “O problema da causa virtual na responsabilidade civil”, p. 23: “outras vezes ela [a causa virtual] já corria na direção do dano quando o processo da causa real a encontrou; mas este processo, produzindo o dano pela sua parte, impediu a série causal hipotética de continuar. E pode ser até que esta série causal já estivesse praticamente «acabada», que já não esperasse por qualquer impulso «de fora» para produzir o efeito e só a causa real tenha impedido a sua conclusão. Como quer que seja, trata-se de uma causa puramente virtual ou hipotética, cuja eficácia causal não chegou a desenvolver-se efetivamente em relação ao dano de que se trata”; p. 217: “a conclusão de que a irrelevância da causa virtual é em regra a solução do direito português”.

## Capítulo Terceiro

### 3.1. *O Ato Médico e o contrato de prestação de serviço*

O contrato de prestação de serviço encontra-se regulamentado nos arts. 1154.º a 1156.º do Código Civil, sendo ali definido como “aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar a outra certo resultado do seu trabalho intelectual (...)”, sendo-lhe extensível as disposições do mandato, com as devidas adaptações. Os contratos de mandato, depósito e de empreitada, são modalidades daquele tipo de contrato.

Uma das características fundamentais destes contratos é a de eles serem pessoais, no sentido de que a marca pessoal tem uma especial relevância. Nesse sentido, poderemos distinguir os contratos próprios<sup>(121)</sup> e os contratos *intuitu personae*<sup>(122)</sup>.

“A responsabilidade civil por erro médico coloca desafios fundamentais aos quadros tradicionais da responsabilidade civil. O contrato de prestação de serviços médicos está longe de ser assimilável ao desempenho concetual tradicional do direito civil, assente na autonomia da vontade, na igualdade das partes e na liberdade de estipulação”<sup>[XCIX]</sup>.

Apesar disso, em princípio, o contrato celebrado entre o Médico e o Cliente será subsumível à categoria genérica de prestação de serviço, constituindo uma subespécie que, apesar de não merecer tratamento legal específico, se apresenta com um «tipo social nominado»<sup>[c]</sup>.

Aliás, na sistematização apresentada nos *Principles of European Law on Services Contracts*, o tratamento (treatment) médico

---

(121) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, in “*Contratos II*”, 3.ª ed., p. 30: “*podem designar-se como próprios os tipos e subtipos de contratos obrigacionais em que a qualificação profissional de um dos contraentes (...) constitui requisito exigido para o desempenho da prestação característica*”.

(122) CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Contratos*”, p. 31: “*a especial relevância das pessoas no conteúdo dos contratos não depende apenas de qualificações profissionais exigíveis para certos subtipos. A relevância pode ser específica de contratos singulares em atenção à identidade, às qualidades (...) e a traços de caráter (...) que um dos contraentes atribui a outro ou nele pressupõe, desde que vertidos no conteúdo contratual, através de declarações expressas ou tácitas*”.

e outros tratamentos ao estado físico ou mental de uma pessoa, são qualificados como contratos de prestação de serviço.

Sem prejuízo, “façamos então um breve cotejo analítico das normas do contrato de mandato aplicáveis ao contrato de prestação de serviço médicos.

Segundo o art. 1158.º, o serviço presume-se oneroso, visto que o médico exerce a sua profissão.

O art. 1161.º estabelece as obrigações do mandatário, ou seja, do médico. A obrigação de seguir as instruções do mandante não se coaduna com a autonomia técnica e científica e independência do médico [direito à liberdade de diagnóstico e terapêutica (art. 46.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos), independência dos médicos (art. 4.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos), liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e tratamento (art. 125.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos)].

Já o dever de prestar informação assenta como uma luva e pode ser invocado como mais um fundamento de natureza civil especificamente contratual, no sentido de dever de esclarecimento, cuja norma fundamental se encontra no art. 157.º do Código Penal.

Também o art. 1162.º, *a*), pode ser relevante para a matéria do alcance do consentimento (regulado primacialmente no art. 156.º, n.º 2, do Código Penal): na verdade, segundo esta norma, o mandatário (médico) pode afastar-se das instruções se puder afirmar que o mandante aprovaria a sua conduta.

O art. 1163.º prevê a aprovação tácita da execução ou inexecução do mandato e parece pouco útil ao nível do contrato médico.

É de admitir, em regra, que o consentimento seja prestado tacitamente (art. 217.º do Código Civil); por outro lado, se o doente concordar *a posteriori* com a atuação do médico também nos parece lícito.

O direito do mandatário se fazer substituir (art. 1165.º do Código Civil) deve ser conciliado com o direito à escolha do médico (Declaração de Lisboa da Associação Médica Mundial) e o respeito pela vontade do paciente.

O art. 1166.º, ao estabelecer o regime da responsabilidade conjunta, não será aplicável, já que, aceitando a doutrina o cúmulo

das responsabilidades<sup>[ci]</sup>, e visto que haverá sempre, na atividade médica, uma ofensa a um direito de personalidade, logo geradora de responsabilidade extracontratual, poder-se-á aplicar o regime da responsabilidade solidária previsto no art. 497.º do Código Civil.

Do art. 1167.º, relativo às obrigações do mandante (o paciente), podemos colher a obrigação de este fornecer ao médico os “meios necessários para a execução do mandato”, que mais não é do que o dever de informar o médico para que este possa fazer a anamnese e estabelecer um diagnóstico correto; em segundo lugar, está expresso o dever de pagar a retribuição e a provisão por conta conforme aos usos.

O art. 1170.º estabelece que o mandato é livremente revogável, o que está em plena conformidade com a natureza do contrato médico; trata-se de uma relação de índole pessoalíssima em que a confiança<sup>(123)</sup> entre as partes é absolutamente essencial e, logo, a liberdade do paciente abandonar o contrato é imperiosa.

O que aqui não encontramos é a regulação das necessárias cautelas que o médico deve ter se quiser pôr fim ao contrato. Não se aceitará convenção em contrário (que será nula no caso do contrato médico), bem como a renúncia ao direito de revogar o mandato também no interesse do mandatário, que, embora pudesse ser concebível em abstrato (por exemplo: na experimentação), é inadmissível<sup>[ciii]</sup>.

À mora, incumprimento e cumprimento defeituoso do contrato, por falta de regime específico, aplica-se o regime previsto nos arts. 790.º a 816.º do Código Civil.

---

(123) ESPERANÇA PINA, *op. cit.*, “Ética, ...”, p. 135: “A confiança do doente no médico é fundamental, pois pressupõe respeitar o direito do doente quer para escolher quer para rejeitar o médico, ou mesmo a instituição de saúde” (...) Nenhum momento da relação médico-doente se pode efetuar plenamente sem que exista essa confiança; o doente necessita dela para poder transmitir ao médico os problemas que o afetam, para aceitar os conselhos e medidas terapêuticas e para voltar a consultá-lo. A falta de confiança é a causa mais frequente para suspender a relação médico-doente”.

### 3.2. *O Ato Médico e o contrato de Empreitada*

O contrato de empreitada encontra-se regulamentado nos arts. 1207.º a 1230.º do Código Civil, sendo ali definido como o contrato pelo qual uma das partes (o empreiteiro) se obriga em relação à outra (o dono da obra) a realizar certa obra<sup>(124)</sup>, mediante um preço.

É um contrato de prestação de facto positivo, sinalagmático, pois emergem obrigações recíprocas e interdependentes; oneroso, uma vez que o esforço económico é suportado por ambas as partes e há vantagens correlativas para ambas; consensual<sup>(125)</sup>, pois a validade das declarações depende do mero consenso; comutativo (por oposição a aleatório), na medida em que as vantagens patrimoniais dele emergente são conhecidas das partes no momento do ajuste, e de execução prolongada, pois frequentemente a execução da empreitada se prolonga no tempo. Para além disso, “na concretização de uma obra importa sobretudo o resultado final da atividade desenvolvida nesse sentido, pelo que a pessoa do seu executante, em regra, é indiferente para o cumprimento da prestação acordada, podendo dizer-se que, em princípio, a prestação do empreiteiro é fungível”<sup>(126)</sup>.

Como acima se deixou dito, este contrato é uma das modalidades do contrato de prestação de serviço. Distinguem-se, porém, estes dois tipos de contrato, já que na empreitada o empreiteiro

---

<sup>(124)</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “Código Civil ...”, 2.ª ed., p. 703: “essencial para que haja empreitada é que o contrato tenha por objeto a realização de uma obra (...) e não um serviço pessoal. Se se tratar de um serviço pessoal, o contrato continua a ser de prestação de serviço, como a empreitada, mas não é um contrato de empreitada”.

<sup>(125)</sup> Salva a exceção prevista no art. 29.º do Decreto Lei n.º 12/2004, de 09 de janeiro: “os contratos de empreitada e subempreitada de obra particular cujo valor ultrapasse 10% do limite fixado para a classe I são obrigatoriamente reduzidos a escrito (...)”.

<sup>(126)</sup> JOÃO CURA MARIANO, in “Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra”, p. 36: “esta visão despersonalizada da prestação do empreiteiro determinou que o contrato de empreitada não se extinga por morte ou incapacidade deste (...) (art. 1230.º do Código Civil), e que só seja necessária autorização do dono da obra para o empreiteiro subcontratar a sua prestação, nos casos excecionais (...) (arts. 1213.º, n.º 1 e 264.º do Código Civil)”.

promete o resultado de um trabalho (realização de certa obra), sendo ele quem corre o risco e fixando-se a remuneração em função do resultado, enquanto na prestação de serviços o prestador promete uma atividade (o resultado do seu trabalho), correndo o risco por conta do beneficiário dessa atividade e sendo a remuneração fixada em função do tempo de atividade<sup>[ciii]</sup>.

O dono da obra tem o direito à obtenção do resultado. Nesse sentido, a lei também lhe reconhece o direito a, sem perturbar o andamento da obra, fiscalizá-la, tendo em vista verificar se ela está a ser feita segundo as regras da arte, se os materiais aplicados foram os acordados, se o empreiteiro ocultou eventuais vícios difíceis de detetar.

Relativamente ao cumprimento, a lei obriga a que o empreiteiro entregue a obra ao dono sem defeitos, sendo que, se isso não acontecer, este tem a obrigação de lho denunciar, sob pena de caducidade, no prazo de 30 dias contados após o seu descobrimento, exigindo-lhe que os corrija ou faça nova obra, consoante os defeitos sejam ou não corrigíveis (arts. 1208.º, 1218.º, 1220.º e 1221.º do Código Civil). Se o dono da obra, conhecendo os defeitos, a aceitou sem reservas, o empreiteiro não responde pelos defeitos, presumindo-se conhecidos os que forem aparentes (art. 1219.º do Código Civil).

Não sendo eliminados os defeitos (vícios ou desconformidades)<sup>[civ]</sup> ou feita nova obra, o dono da obra tem o direito de exigir a redução do preço ou a resolução do contrato, se os defeitos tornarem a obra inadequada para o fim a que se destina<sup>(127)</sup> (art. 1222.º do Código Civil).

Para qualquer uma das soluções legalmente previstas e cumulativas com elas, tem o dono da obra direito a exigir ao empreiteiro o pagamento de uma indemnização pelos eventuais prejuízos que a sua conduta lhe possa ter causado (art. 1223.º do Código Civil).

---

(127) JOÃO CURA MARIANO, *op. cit.*, “A responsabilidade ...”, p. 110: “o direito de resolução, com fundamento no cumprimento defeituoso, tem natureza subsidiária, podendo apenas ser exercido quando o defeito não foi eliminado, nem realizada nova construção, e é alternativo relativamente ao direito de redução do preço, mas restrito aos casos em que «os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim a que se destina»”.

Sem prejuízo da caducidade prevista no art. 1220.º, o direito do dono da obra a exigir a eliminação dos defeitos, realização de nova obra, redução do preço, resolução do contrato e indemnização, caduca se não for exercido dentro de um ano a contar da recusa da aceitação da obra ou da sua aceitação com reserva. Se os defeitos eram desconhecidos do dono da obra e este a aceitou, o prazo de caducidade conta a partir da denúncia. Porém, qualquer um destes direitos deixa de poder ser exercido decorridos que sejam dois anos sobre a entrega da obra (art. 1224.º do Código Civil).

Conforme resulta do regime acima exposto, o legislador fez recair sobre o dono da obra o ónus da denúncia dos defeitos em prazos curtos após o seu conhecimento, sob pena de caducidade de todos os direitos que lhe assistam em consequência desse cumprimento defeituoso.

Termino relevando a doutrina e jurisprudência que defendem que a não eliminação dos defeitos ou a não repetição da prestação pelo empreiteiro não confere ao dono da obra o direito a, por si ou por intermédio de terceiro, num ato de autotutela, eliminar os defeitos ou reconstruir a obra, reclamando, posteriormente, daquele, o pagamento das despesas efetuadas com esse trabalho ou exigindo-lhe antecipadamente o adiantamento dessa quantia<sup>(128)</sup>.

Feito esta rápida visitação pelas linhas essenciais identificadoras e modeladoras do contrato de empreitada, pode-se concluir que a “obra” é o elemento determinante na identificação dos limi-

---

<sup>(128)</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, in “Código Civil Anotado”, II, p. 896: “pode considerar-se seguro, no nosso direito, que este artigo (1221.º) não confere ao dono da obra o direito de, por si ou por intermédio de terceiro, eliminar os defeitos ou reconstruir a obra à custa do empreiteiro”; JOÃO CURA MARIANO, *op. cit.*, “Responsabilidade contratual do ...”, pp. 122/123: “tendo os direitos de eliminação dos defeitos e de realização de nova construção sido estabelecidos no interesse de ambas as partes, não pode o dono da obra, em regra, obviar ao cumprimento das respetivas obrigações pelo empreiteiro, efetuando-as ele próprio ou contratando terceiros para esse efeito, sem primeiro dar essa oportunidade ao empreiteiro. Se o fizer, perderá a possibilidade de exercer qualquer direito de reação à existência do defeito eliminado por si, ou por terceiro, uma vez que se deve considerar extinta a obrigação do empreiteiro de reparação dos defeitos, uma vez que o dono da obra, com o seu comportamento, impossibilitou o seu cumprimento (art. 791.º)”. Vide jurisprudência citada por este autor naquela sua obra, p. 120.

tes deste contrato, na relação de proximidade que mantém com outros.

A “obra” deve traduzir-se “no resultado de alteração física de coisa corpórea”<sup>[CV]</sup>. Sendo a “obra” um resultado, a empreitada visaria atingir esse resultado. “O resultado de uma atividade exercida no interesse de outrem só tem a natureza de uma obra se obedecer aos seguintes requisitos cumulativos: materializar-se o resultado numa coisa concreta suscetível de entrega e de aceitação; ser o resultado específico e discreto (isto é, separado em relação ao processo produtivo e em relação a outros resultados obtidos no interesse de quem realiza a atividade ou no interesse de outrem); conceber-se o resultado em conformidade com um projeto entregue ou aprovado pelo beneficiário. Sendo que os dois primeiros requisitos permitem distinguir a “obra” de outros resultados de prestação de serviço. O terceiro requisito permite distinguir a empreitada da compra e venda”<sup>[CVI]</sup>.

Da pesquisa feita nas bases de dados de jurisprudência portuguesa sobre a temática da qualificação como de empreitada do contrato celebrado entre o Médico e o Cliente, apenas descobrimos um Acórdão, do Tribunal da Relação do Porto, onde se discutia a responsabilidade civil médica de um médico dentista, numa situação de tratamento dentário, tendo ali sido decidido aplicar à situação *sub judicio* o regime do contrato de empreitada, afirmando-se que o cumprimento defeituoso se traduz numa forma de violação da obrigação (violação contratual positiva), podendo o credor exigir do devedor que corrija ou substitua a prestação defeituosa dentro do prazo razoável que para o efeito lhe fixar, sob pena de considerar a obrigação como definitivamente não cumprida<sup>[CVII]</sup>.

## Capítulo Quarto

### 4.1. *O aggiornamento dialético*

Feito que foi o percurso pelos conceitos envolvidos na resolução do *thema decidendum*, impõe-se que se opere uma fixação concetual das teses em confronto, tendo em vista a obtenção do *aggiornamento* dialético necessário à prossecução do trabalho.

#### 4.1.1. A tese

A Medicina moderna revela-se na sua faceta diagnóstica, terapêutica, farmacológica, cirúrgica, estética, hormonal, laboral, ligada aos seguros, às práticas desportivas, de procriação assistida, de transexualismo, de esterilização, de transplantação, experimentação, caminhando já para a terapia genética, discutindo-se mesmo se aí se deverá inserir ao ato da eutanásia. Em qualquer uma destas vertentes encontraremos sempre presentes ou a função preventiva, ou a curativa ou a paliativa que caracterizam o “Ato Médico”, que é muito mais do que o conjunto dos simples atos mecânicos que, incorporando, o exteriorizam. Também, subjetivamente, não o identifica o simples facto dele ser praticado por um licenciado em Medicina que se encontre inscrito na Ordem dos Médicos.

Para a Medicina, a Saúde é um fator essencial da vida humana, um valor base que supera todos os outros ao longo da existência de cada indivíduo. Partindo desta premissa, e visando a tutela da liberdade, da vida ou da integridade físico-psíquica, o Direito pretende regular a prática do “Ato Médico” executado na relação Médico/Cliente, quando com ele se vise alcançar o equilíbrio basicamente não alterado das condições físico-psíquicas prévias deste último. A sua regulação íntegra, por isso, a matriz estruturante da nossa ordem jurídica: o direito de personalidade de todos e de cada um dos seres humanos que, pelos mais variados motivos ligados com a sua saúde (preventiva, curativa ou paliativa), tem de recorrer aos serviços de um Médico.

É neste contexto que se tem de interpretar a relação do Médico/Cliente, que, para além de ser uma relação complexa, uma tecedura formada por uma trama intrincada de posições jurídicas que se orientam e modificam tendo em vista o “fim do contrato”, é também uma relação de índole pessoalíssima em que a confiança entre as partes é absolutamente essencial. É, exatamente por tudo isto, que o contrato que o Médico celebra com o seu Cliente é de natureza *intuitu personae*, devendo a atuação daquele dirigir-se num único sentido, o da salvaguarda da vontade deste, dos seus interesses, tendo em vista a sua cura, a melhoria do estado de saúde ou a atenuação do sofrimento. Porque assim é, o Direito regulador dessa relação é configurado como personalisticamente personalizado, que consiste no direito a uma personalidade no seu todo, abrangendo todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da pessoa-ser-em-devir, entidade-não-estática-mas-dinâmica, pelo que, designadamente, a liberdade do Cliente fazer extinguir o contrato e mudar de Médico, e a obrigação deste consentir nisso, é o elemento identificador/delimitador deste contrato.

Num segundo segmento de análise releva-se a constatação de que, apesar de o desenvolvimento médico ser responsável pela resolução eficaz de vários problemas, não deixa, contudo, de ocultar incertezas ou até de criar novas áreas de incerteza através da sua ação. À objetiva incerteza da eficiência das terapias médicas acresce a aleatoriedade inerente à individualidade do organismo do concreto Cliente que pode ser mais recetivo ou reativo a essas terapias: a incerteza é uma dimensão constitutiva da Medicina.

Depois, a intervenção médica decorre em razão de fatores endógenos ou exógenos que afetam o Cliente, os quais poderiam, por si só, ser causa do dano, não fora aquela intervenção clínica. Pelo que, logo após essa intervenção, àquela causalidade incorpora-se a resultante do “Ato Médico”, o que dificulta ou impede mesmo, a tarefa de, clinicamente, destrinçar a eficácia de cada uma delas na produção do dano verificado, sendo que, relativamente aos resultados obtidos nos testes auxiliares de diagnóstico, pelo menos 5% apresentar-se-ão positivo (anormal), quando não há doença alguma (falsos positivos).

Termina-se afirmando que o Médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um Cliente obriga-se, por esse facto, a prestar-lhe os melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correção e delicadeza no cumprimento da *leges artis* e no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida no pleno respeito pela dignidade do Ser humano.

#### 4.1.2. A antítese

A saúde transformou-se num bem valioso, transacionado no mercado, que promete uma vida mais longa a quem estiver disposto a vincular-se ao complexo médico-industrial. A esta luz, a atividade médica assume-se, hoje, como uma atividade económica dirigida à obtenção de lucros, assim surgindo uma nova economia política da saúde com a emergência de novas formas de biocapital ligadas ao encontro entre as biotecnologias, o capital de risco e as grandes empresas farmacêuticas, cujas estruturas transformam os Médicos e outros profissionais da saúde em acionistas ou assalariados, cada vez mais afastados da conceção tradicional da Medicina liberal e da sua deontologia.

Este fenómeno desencadeou uma massificação na prestação de cuidados médicos, causadora de profundas mudanças qualitativas na relação Médico/Cliente, designadamente à rutura da ancestral relação de fideducía (quase afetiva) que caracterizava a relação entre ambos.

Para além disso, defende-se que há obrigações assumidas pelo Médico que, atento o elevado grau de certeza, sem riscos, na consecução do fim pretendido, bem assim porque esse fim resulta da lei ou da vontade das partes, configuram obrigações de resultado: a alteração física de coisa corpórea tendo em vista atingir o resultado previsto. No contrato de empreitada o que importa, sobretudo, é o resultado final da atividade desenvolvida nesse sentido, pelo que a pessoa do seu executante, em regra, é indiferente para o cumprimento da prestação acordada, podendo-se dizer que, em princípio, a prestação do empreiteiro é fungível.

O resultado de uma atividade exercida no interesse de outrem só tem a natureza de uma obra se se materializar numa coisa concreta, suscetível de entrega e de aceitação; se o resultado for passível de separação em relação ao processo produtivo e a outros resultados obtidos no interesse de quem realiza a atividade ou no de outrem; se for concebido em conformidade com a encomenda, caderno de encargos ou plano entregue ou aprovado pelo beneficiário.

A doutrina e jurisprudência pátria defendem que a não eliminação dos defeitos ou a não repetição da prestação pelo empreiteiro não confere ao dono da obra o direito a, por si ou por intermédio de terceiro, num ato de autotutela, superar os defeitos ou reconstruir a obra, reclamando, posteriormente, daquele o pagamento das despesas efetuadas com esse trabalho ou exigindo-lhe antecipadamente o adiantamento dessa quantia.

#### 4.1.3. A subsunção dos factos ao(s) Direito(s)

De acordo com a doutrina referida no início deste trabalho, os “Atos Médicos” passíveis de ser subsumidos, total ou parcialmente, ao contrato de empreitada, se, e na medida em que com este houvesse suficiente analogia, seriam aqueles em que, nessa atividade Médica, estivéssemos perante obrigações de resultado, designadamente, os relacionados com a realização de análises clínicas e exames radiológicos (testes de diagnóstico)<sup>(129)</sup>, tratamentos dentários, fornecimento e colocação de próteses dentárias.

---

<sup>(129)</sup> ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, “Princípios de Seleção e uso de Testes de Diagnóstico: Propriedades intrínsecas dos testes”, in Revista Portuguesa de Cardiologia, 2001, 20 (12), p. 1268: “os testes de diagnóstico podem ser utilizados nos seguintes contextos: 1 — No despiste de doenças, isto é, na identificação dos seus fatores de risco específicos (...) ou na deteção precoce de doença (...); 2 — No processo de diagnóstico, que define a presença ou a ausência de doença, quer na fase inicial dos sintomas e sinais clínicos, quer como base do estabelecimento de um diagnóstico diferencial, quer ainda no seu estadiamento; 3 — no tratamento global do doente, incluindo a avaliação da gravidade da doença, o estabelecimento do seu prognóstico, a monitorização da evolução clínica, a deteção de recorrência, assim como a seleção, dosagem e ajustamento da terapêutica medicamentosa”; “as características úteis de um teste de diagnóstico incluem vários fato-

Será que à luz das posições acima enunciadas a realização destes tipos de “Atos Médicos”, os transformam numa empreitada?

Parece-nos evidente que, para a posição vertida na “tese”, os *topois* oferecidos não se incluem na narrativa ali defendida. A regulamentação da relação Médico/Cliente, quando aquele pratica os referidos “Atos Médicos”, ou quaisquer outros, não o integra no regime da empreitada.

Já, porém, relativamente à posição defendida na “antítese”, nos exemplos dados pela doutrina, a relação Médico/Cliente seria passível de ser regulamentada pelo regime do contrato de empreitada. Pelo que, tal como foi defendido pelo Acórdão da Relação do Porto acima referido, o direito do Cliente era o de, denunciado o defeito ou desconformidade, e cumpridos os prazos, exigir do médico inadimplente o cumprimento da obrigação, sob pena de resolução do contrato.

## Capítulo Quinto

### 5.1. *Da síntese a caminho das conclusões*

#### 5.1.1. A Síntese

Impõe-se, pois, que façamos a síntese.

Chamemos à colação as conclusões prévias a que acima fomos chegando.

O conceito de Saúde, na perspetiva da atividade médica, relevante para o Direito, engloba as atividades que visam a prevenção da doença, a prestação de cuidados destinados ao tratamento ou à reabilitação da pessoa, com o objetivo de alcançar o equilíbrio

---

*res, dos quais salientamos os seguintes; 1 — descrição detalhada da metodologia do teste, para que este possa ser usado de maneira exata e precisa; 2 — definição cuidadosa da exatidão e da precisão do teste; 3 — determinação rigorosa dos respetivos valores de referência; 4 — definição detalhada das características intrínsecas do teste (...); 5 — indicação da contribuição individual do teste no processo de diagnóstico, se este for incluindo num painel geral para a determinação da patologia”.*

basicamente não alterado das condições físico-psíquicas prévias, bem como a dignificação/humanização do fim da vida.

O “Ato Médico” é constituído pela atividade médica de diagnóstico, prognóstico e prescrição, e execução de medidas terapêuticas, relativa à saúde das pessoas, grupos ou comunidades, em conformidade com a Ética e a Deontologia Médicas.

Aos Clientes (Doentes) são reconhecidos direitos vários, de entre os quais se evidenciam o da liberdade de escolher o Médico e o de, a todo o tempo, poder mudar de Médico.

A relação Médico/Cliente encontra-se suportada por um contrato marcadamente pessoal, sinalagmático, oneroso, comutativo, de execução continuada, consensual.

A empreitada visa a realização de uma obra que deve traduzir-se no resultado de alteração física de coisa corpórea, obedecendo aos seguintes requisitos cumulativos: materialização do resultado numa coisa concreta suscetível de entrega e de aceitação; ser o resultado específico e discreto; a conceção do resultado terá de estar em conformidade com um projeto entregue ou aprovado pelo beneficiário.

A relação Empreiteiro/Dono da obra encontra-se suportada por um contrato que é sinalagmático, oneroso, comutativo de execução continuada, consensual.

Dito isto, a diferença existente entre os contratos que regulamentam estas duas situações de facto está na particularidade de aquele ser marcadamente pessoal e este não o ser.

Depois, o regime jurídico do contrato de empreitada *versus* o Código Deontológico da Ordem dos Médicos é o de uma norma geral em relação a uma especial, o que leva a que a interpretação/aplicação dessas normas a concretas situações de facto integradas na prática de “Atos Médicos” se tenha de fazer de acordo com o princípio de *“lex specialis derogat legi generali”*. Logo, quando hermenêuticamente conflituantes, dever-se-ão aplicar as normas ínsitas no Código Deontológico da Ordem dos Médicos em detrimento das do contrato de empreitada, o que poderá levar ao desvirtuamento da matriz fundadora deste instituto.

Isto posto, e retomando as situações de facto relativamente às quais a doutrina admite subsumir o “Ato Médico” ao contrato de

empreitada, para se fabricar/fornecer uma prótese odontológica há um trabalho prévio do Médico com o Cliente no sentido de avaliar clinicamente a viabilidade da aplicação da mesma neste, atenta a sua anatomia e a patologia que apresenta, em conformidade se decidindo o tipo de prótese a aplicar e o material a usar na sua construção. Este trabalho é executado por um Médico, integrando a execução de uma medida terapêutica que tem em vista a reabilitação da saúde do seu Cliente. Cumpra o Médico o seu Código Deontológico na execução de esse serviço que presta, e nada haverá que dizer quanto à sua qualificação como “Ato Médico”.

Só que nada há no quadro factual que suporta esta relação que o Médico estabelece com o seu Cliente que, mesmo analogicamente, o integre no regime jurídico do contrato de empreitada. Na verdade, não temos aqui uma qualquer “obra”, já que não se verifica qualquer alteração física de coisa corpórea. Estamos, apenas, perante uma prestação de um serviço médico.

Continuando, há, agora, que fazer a prótese.

Independentemente das técnicas, materiais e equipamentos a serem usados na feitura da mesma, esse serviço pode ser efetuado por um médico dentista, como também por um protésico, que é, exatamente, o técnico que fabrica e repara esse tipo de material. Seja quem for a fazer a prótese, o Cliente apenas estará ligado ao executante da mesma se com ele acordou a realização desse trabalho, o que, convenhamos, não acontecerá na generalidade dos casos, onde o Cliente apenas está contratualmente relacionado com o Médico Dentista que lhe sugere a aplicação da prótese como sendo a solução terapêutica adequada para o seu quadro clínico, e que ele aceita. É este Médico que, depois, diretamente encomenda a prótese ao protésico. Quando as coisas ocorram desta forma, a haver um “empreiteiro”, ele será aquele que irá fazer a prótese, sendo o “dono da obra” o Médico que a encomendou. Contudo, essa relação entre o Médico e o protésico “não são contas deste rosário”, já que não é sobre ela que este trabalho se debruça. Obtida a prótese, o negócio que, depois, irá suportar a transferência da propriedade da mesma do Médico para o Cliente será, o da compra e venda, logo, fora do campo de análise deste trabalho.

Sem conceder, até se pode aceitar que fazer uma prótese é realizar uma “obra”, mas mesmo que esse trabalho seja feito por um Médico, designadamente por aquele a quem o Cliente recorreu, a fabricação da mesma não é um “Ato Médico”. É que, na execução dessa obra o Médico não executa um diagnóstico, um prognóstico, nem uma medida terapêutica, já que, para tanto, lhe falta aquele momento particular que é o da sua aplicação no Cliente.

Releva-se aqui ainda a circunstância de, embora não sendo o Cliente quem fixa as características da prótese a ser feita (modelo, material, técnica a usar, cor, etc.), mas antes o Médico, ele terá de as aprovar. É que, se assim não for, isto é, se for o Cliente a definir as características da prótese, o Médico poderá estar a violar o seu Código Deontológico, que obriga a que seja ele quem deva tomar esse tipo de decisões, com independência, sem interferência externa, as quais deverão ser apenas ditadas pela ciência e pela sua consciência. Ora, se o Médico agir em desconformidade com o Código Deontológico da sua profissão, poderá essa sua atuação, exatamente por causa disso, não se enquadrar concetualmente no “Ato Médico”, o que a retiraria do âmbito deste trabalho. Apesar disso, não era por causa dessa particular desconformidade do comportamento do Médico com a Deontologia e Ética Médicas que transformariam esse serviço por ele prestado numa empreitada, uma vez que, *mutatis mutandis*, se aplicaria aqui tudo quanto atrás já se deixou dito, e abaixo se irá referir, sobre a inaplicabilidade do regime legal do alegado contrato a este quadro factual.

Após a prótese feita e fornecida, há o trabalho de a aplicar no Cliente<sup>(130)</sup>.

Tal como acontece na fase preliminar, também aqui o serviço prestado pelo Médico se deve considerar como integrando um

---

<sup>(130)</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, na *op. cit.* “A responsabilidade ...”, p. 100: “é necessário fazer a distinção entre a atividade de elaboração da prótese e a atividade da aplicação da mesma no organismo do paciente. No que concerne à primeira, o médico compromete-se a elaborar um dispositivo que se adeque à anatomia do concreto doente, de acordo com as regras técnicas precisas, assumindo uma obrigação de resultado. No que respeita à segunda, na medida em que a aceitação ou rejeição de um corpo estranho pelo organismo depende de um conjunto de fatores que o profissional não consegue controlar, a obrigação assumida deverá qualificar-se como obrigação de meios”.

“Ato Médico”. Essa aplicação obedece a técnicas variadas, consoante o tipo de prótese, o material usado, a anatomia e a patologia do Cliente, podendo ser mais ou menos invasiva.

A prótese será sempre um elemento estranho que se aplica no corpo humano. Porque assim é, não se pode, aprioristicamente, ter a certeza da forma como aquele concreto corpo reagirá no curto, médio e longo prazo (tenhamos como exemplo a amálgama usada na obturação de cáries dentárias — vulgo “chumbo” — à data sem qualquer contraindicação e hoje passível de grandes discussões médicas sobre eventuais efeitos secundários negativos para a saúde)<sup>[CVIII]</sup>. Aliás, algumas das técnicas implicarão a realização de intervenções cirúrgicas, partilhando-se neste trabalho a posição daqueles que entendem que aqui a álea existente é bastante para se qualificar a obrigação assumida pelo Médico como de meios e não de resultados (mesmo nas cirurgias estéticas assim seria). O Médico até pode saber que, estatisticamente, em situações semelhantes àquelas em que está a trabalhar as probabilidades de inêxito são nulas ou quase nulas, mas a álea estará sempre presente, o que faria desconsiderar a obrigação que assumia, descaracterizando-a como de resultado e qualificando-a como de meios.

Imaginemos, agora, que a prótese foi feita e aplicada pelo Médico Dentista que viu o Cliente, lha prescreveu e fabricou, de acordo com as características por ele fixadas, para as quais este lhe deu o seu consentimento, mas após a aplicação vêm-se a verificar situações anómalas no corpo e na saúde do Cliente relacionadas com a aludida prótese. Esta ocorrência poderá ter a sua origem na ideação, construção ou aplicação da prótese, ou na sua má utilização.

Admitamos que a origem desse quadro patológico era imputável àquele Médico Dentista que, designadamente porque idealizou, fabricou e aplicou no Cliente uma prótese que, por causa da sua forma e/ou material usado, ou da patologia e/ou anatomia deste, acabou por originar uma reação orgânica adversa à mesma. Como se retira que esse ato de colocar a prótese é uma empreitada?

Como já se deixou dito, a obrigação advinda da colocação da prótese integraria concetualmente o núcleo das obrigações de meios, enquanto a obrigação subjacente ao contrato de empreitada é de

resultado. Depois, para que se pudesse aceitar que a colocação de uma prótese poderia ser uma empreitada, isso implicaria que a “obra” fosse, não a prótese propriamente dita, mas antes o concreto corpo humano alterado com a sua aplicação. Isto é, a “obra” seria o corpo humano, esse complexo existencial e equilibrado composto do corpo e da mente. Essa realidade onde ontologicamente radica a matriz dos direitos humanos aceites pela cultura judaico-cristã em que nos inserimos, começando, desde logo, pelo direito de personalidade, nas vertentes de direito à liberdade, à vida e à integridade psicofísica.

Depois, aceitar que tais “Atos Médicos” poderiam ficar subordinados ao regime de empreitada, tal implicaria uma redução da Medicina à prática de meros *actus mechanicus*, assim se afrontando, diretamente, um lastro milenar de ética e de deontologia médicas, verdadeiros imperativos categóricos no que concerne à densificação da profissão Médica e da relação Médico/Cliente, mormente impondo a este a obrigação de manter o Médico que cumpriu defeituosamente a obrigação e de ter de se sujeitar a ser ele a reparar o defeito ou desconformidade verificado na “obra”, ou a fazer obra nova, substitutiva da mal realizada, e impondo-lhe regime mais severo (caducidade) e prazos muito mais curtos (máximo de 2 anos)<sup>(131)</sup> dos que se aplicariam nas demais situações enquadráveis na responsabilidade contratual e extracontratual (prescrição e, respetivamente, 3 ou 20 anos).

Ora, salvo o devido respeito por opinião contrária, os motivos acima invocados são bastantes para expurgar o regime do contrato de empreitada da relação Médico/Cliente, por manifestamente ofensiva da dignidade devida ao Homem e à Medicina.

---

<sup>(131)</sup> Para quem defenda a aplicabilidade do regime da Lei de Defesa dos Consumidores à situação de facto em análise, então, caso se viessem a verificar desconformidades entre a “obra” encomendada e a realizada no prazo de 2 anos contados da data da sua entrega (prazo de garantia: art. 5.º), o Cliente/consumidor teria o direito de exigir que o Médico/produtor, no prazo máximo de 30 dias contados da denúncia da desconformidade, repusesse sem encargos a situação anómala, por meio da sua reparação ou da substituição, da redução adequada do preço ou da resolução do contrato (art. 4.º). Para tanto, e sob pena de caducidade, o Cliente teria de denunciar ao Médico a aludida desconformidade, no prazo de 2 meses contados da data em que a mesma tivesse sido detetada, e teria de exigir o cumprimento de uma das soluções que a lei lhe confere no prazo de 2 anos contados da data da denúncia (art. 5.º-A).

Relativamente aos tratamentos dentários repetem-se os argumentos acima aduzidos, quer quanto à sua qualificação como “Ato Médico”, bem como quanto à inaplicabilidade do regime jurídico do contrato de empreitada à relação contratual estabelecida entre o Médico e o Cliente, com a particularidade de que aqui nada há, sequer, que se possa qualificar como “obra”.

Se obter um dente se considerasse uma “obra”, então, também aqui era o corpo humano que seria reduzido à “mera” qualidade de coisa corpórea, objeto de alteração física. Depois, não se verificaria nestas situações pelo menos um dos requisitos cumulativos, sintetizados pela doutrina, porquanto o resultado (o dente obturado) não se materializaria numa coisa concreta, suscetível de entrega e de aceitação, já que integrará o corpo do Cliente que ocorreu aos serviços clínicos daquele Médico Dentista, e assim continuará a ser após a intervenção médica. A única diferença é que antes era um dente cariado e depois deixou de o ser, passando a ser um dente tratado. Só que a “massa” utilizada para esse fim não é uma “obra”, mas antes o meio terapêutico usado para debelar aquela patologia.

E se o “Ato Médico” for o de extração de um dente? Aqui haverá um resultado, o dente extraído, que é suscetível de ser entregue ao Cliente. Acontece que a empreitada obriga a um “*plus*” de valor na esfera jurídica do “dono da obra (a construção da casa; a reparação do carro; a escrita do livro, etc.) e o dente extraído não tem essas características, antes pelo contrário, será um “*minus*” no corpo do Cliente. O “*plus*” ocorre ao nível da saúde do Cliente, que se opera através de uma intervenção cirúrgica, pelo que também aqui se aplica o que antes já se deixou dito quanto à questão das intervenções cirúrgicas e da sua qualificação como obrigações de meios, bem como relativamente à coisificação do corpo humano, na vertente da sua saúde, logo, pela inaplicabilidade do regime do contrato de empreitada a este tipo de “Atos Médicos”.

Abordemos agora a questão da aplicação do regime de empreitada à relação estabelecida entre o Médico e o Cliente em razão da realização de análises clínicas ou de exames radiológicos.

Aqui o Médico está a praticar “Atos Médicos”, já que esses serviços são enquadráveis na atividade médica de diagnóstico, relativa à saúde das pessoas, grupos ou comunidades. Execute ele

essa sua função cumprindo o Código Deontológico da sua profissão. A questão é, pois, a da subsunção da relação que o Médico estabelece com o seu Cliente, quando executa esses serviços clínicos, ao regime do contrato de empreitada.

Quanto aos sujeitos, temos um Médico e um Cliente. Para sabermos se ao Médico poderemos qualificar como empreiteiro e ao Cliente como dono da obra, temos de saber, essencialmente, três coisas: se as radiografias ou as análises clínicas ou laboratoriais são uma “obra”; se a realização desses exames complementares de diagnóstico implicam uma obrigação de resultado<sup>(132)</sup> ou de meios; se é ou não pessoal a relação que se estabelece entre o Médico e o seu Cliente.

Relativamente à primeira questão, os meios complementares de diagnóstico corporizavam-se, num determinado momento, em algo coisificável, que consubstancia num resultado específico e discreto, fruto de uma alteração física de coisa corpórea, em conformidade com um projeto aprovado pelo Cliente, sendo suscetíveis de ser entregues e de ser aceites. Isto é, podê-los-emos qualificar como “obra”.

Para respondermos à segunda questão temos de ter presente que atualmente há uma enorme diversidade de análises clínicas ou laboratoriais e de exames imagiológicos postas ao serviço da Medicina, nos quais são usados as mais variadas tecnologias na recolha de amostras biológicas e na obtenção de imagens, de processos analíticos e de obtenção das imagens, e de suportes na concretização dos mesmos. Exatamente por causa disso, neste âmbito haverá análises laboratoriais e exames imagiológicos onde a álea da exatidão dos resultados ainda é um elemento determinante<sup>(133)</sup>,

---

<sup>(132)</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, na *op. cit.* “*A responsabilidade ...*”, pp. 101/102: “*no que tange à realização de exames físicos ou biológicos (...), sempre que as regras a observar e procedimentos a seguir, sejam dotados de elevado grau de certeza que caracteriza o saber das ciências exatas — e portanto, a respetiva execução e obtenção da informação pretendida sejam isentas de qualquer margem de álea —, o profissional assumira uma obrigação de resultado*”.

<sup>(133)</sup> ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, *op. cit.*, “*Princípios de seleção ...*”, p. 1268: “*um teste para ser útil deve ser preciso e exato. A precisão de um teste define-se como a reprodutibilidade dos valores obtidos em medições sucessivas da mesma amostra. A exatidão de um teste é o grau de diferença entre o valor verdadeiro e o valor obtido no teste*”.

levando a que as obrigações assumidas pelos Médicos seriam de meios, afastando-se, assim, do regime da empreitada. Exemplo o que acabamos de referir podermos encontra-lo a nível dos exames complementares de diagnóstico relacionados com algumas patologias, cujos resultados poderão implicar intervenções cirúrgicas irreversivelmente ablativas ou a omissão de intervenções cirúrgicas e/ou de outro tipo de tratamentos médicos, de consequências nefastas para o Cliente, pelo que a *leges artis* obriga à repetições dos mesmos, tendo em vista despistar eventuais “falsos positivos”<sup>(134/135)</sup> ou “falsos negativos”.

---

(134) ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, *op. cit.*, “Princípios de seleção ...”, p. 1269: “habitualmente, e por definição, o valor de um teste é considerado normal quando foi encontrado em 95% de sujeitos saudáveis. (...) Isto quer dizer que, (...), 5% de pacientes apresentarão um teste positivo (anormal) mas que não corresponde a nenhuma doença. Esta definição de normalidade implica que, quando se requisita um determinado teste — não importa qual — a probabilidade de se obter um resultado anormal é de 5%. Este resultado é um falso positivo, já que não corresponde a nenhuma doença”.

(135) ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, *op. cit.*, “Princípios de seleção ...”, p. 1270: “quais são as definições destas características dos testes? **1 — A Sensibilidade:** define-se como a percentagem de doentes que apresenta um resultado positivo num teste. Se todos os doentes portadores de uma determinada doença apresentarem resultados anormais (positivos), esse teste tem uma sensibilidade de 100% (baixa percentagem de falsos negativos); **2 — A Especificidade:** define-se como a percentagem de saudáveis que apresenta um resultado negativo num teste. Se todos os pacientes saudáveis apresentarem um resultado negativo num teste, este tem uma especificidade de 100% (baixa percentagem de falsos positivos); **3 — O Valor Preditivo Positivo:** define-se como a probabilidade que o resultado positivo de um teste signifique presença de doença. Um teste com este valor elevado permite, no caso de o resultado ser anormal, fundamentar razoavelmente o diagnóstico; **4 — O Valor Preditivo Negativo:** define-se como a probabilidade que um resultado negativo de um teste signifique a ausência de doença. Um teste com um este valor elevado permite, no caso de o resultado ser normal, eliminar razoavelmente o diagnóstico. (...) Os valores da sensibilidade e da especificidade de um teste dependem de duas ordens de fatores: **1 —** Do nível previamente definido a partir do qual se considera que um resultado é positivo (anormal) (...); **2 —** Da prevalência (ou probabilidade pré-teste) da doença na população em que o teste foi estudado”; p. 1271: “diferentes pontos em que se coloca o limite de sim/não na definição de doença (cut-off points) resultarão necessariamente em diversas sensibilidades e especificidades do teste em estudo. Se se projetar um gráfico em que o eixo das ordenadas representa a sensibilidade (ou taxa de verdadeiros positivos) de um teste para diversos pontos de decisão e o eixo das abcissas a taxa de falsos positivos (o inverso da especificidade) obtém-se uma **curva ROC** (Receiver Operating Characteristic). Uma curva ROC demonstra (...) o balanço entre o índice de verdadeiros positivos e o índice de falsos positivos de um qualquer teste”; p. 1272: **Likelihood Ratios (LR)** (taxas de verosimilhança): “o LR define-se como a relação entre a probabilidade de um dado resul-

Em qualquer um destes tipos de exames complementares de diagnóstico a relação que o Cliente estabelece com o Médico é pessoal, logo, não só o Código Deontológico da Ordem dos Médicos como os direitos que àquele legalmente são reconhecidos não são compatíveis com o regime legal do contrato de empreitada.

Relativamente a qualquer outra situação onde se possa detetar a existência de uma suficiente analogia com o contrato de empreitada, a solução dever-se-á encontrar através da resposta às três questões acima referidas, sendo que, seja qual for a resposta que se der às duas primeiras, a que se impõe à última leva, inelutavelmente, ao repúdio da qualificação como de empreitada do “Ato Médico”.

### 5.1.2. Conclusão

Importa, numa síntese conclusiva, ensaiar uma tomada de posição sobre o problema em questão neste trabalho, tanto na sua dimensão teórica-doutrinal, como na perspetiva pragmática, diretamente debruçada sobre as constelações fáticas segredadas pela vida real.

Ao longo desta viagem navegou-se em mar calmo, mas esta nau também foi fustigada por forte ondulação. O bom tempo foi temperado com tempestade, e vice-versa. Naveguei à vista, mas também me afoitei no mar alto. Escolhi os percursos que entendi serem os mais adequados após análise das cartas de navegação e dos instrumentos de localização e de orientação.

---

*tado na população com a doença alvo e a probabilidade desse mesmo resultado entre não doentes. (...). O conceito de likelihood ratio reconhece o facto de que, na prática clínica, diferentes doentes apresentam diferentes probabilidades de terem uma determinada doença (...). Deste modo, o uso e aplicação de um teste deverá ser encarado como uma maneira de aumentar ou diminuir a estimativa probabilística do doente em causa apresentar a doença alvo (...) o teste ajuda a transformar a probabilidade pré-teste da doença numa outra (e nova) probabilidade pós-teste, cuja magnitude e sentido de variação é determinado pelos likelihood ratios do teste”. No mesmo sentido, veja-se SÉRGIO PAULO, SUSANA MENDES, RICARDO VIZINHO, ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, op. cit., “Testes diagnósticos ...”, p. 1193.*

Cheguei, enfim, ao “Cabo das Tormentas”, pois que aqui confluem ventos e correntes marítimas vindas dos mais variados quadrantes: eles são os oriundos da visão que os Clientes têm sobre esta problemática, mais os provenientes do olhar próprio dos Médicos, a que se somam os da visão que a sociologia tem sobre tudo isto e os da perspectiva da antropologia a que se deve acrescentar os da filosofia.

Para a sociologia, tal como a atividade profissional de um padre, de um/a advogado/a e de um/a prostituta/o, têm linhas de atuação que as atravessam transversalmente, tornando-as “semelhantes” (por exemplo, em todas elas os seus profissionais prestam serviços a clientes, cobram-se por esses serviços que prestam e obrigam-se a segredo profissional), também facilmente chegaremos a conclusão idêntica no que respeita ao exercício do múnus de um empreiteiro e de um médico: ambos prestam serviços a clientes (uma vez que a empreitada é uma das modalidades do contrato de prestação de serviços) e cobram-se por isso.

Assim, apriorístico-empiricamente poderíamos ser levados a aceitar que houvesse “Atos Médicos” que fossem empreitadas. Aliás, haveria, até, comportamentos que ocorrem no desenrolar de algumas das atividades médicas que se poderão considerar integridados no instituto da empreitada.

FERNANDO PESSOA, num dois seus mais belos poemas, escreveu, “*Ó tocadora de harpa, se eu beijasse/Teu gesto sem beijar tuas mãos!*”. Também assim ao jurista cabe a exaltante função de fazer a síntese de todos “aqueles olhares”, de modo a deles retirar o menor divisor comum que a todos una, partindo do axioma de que “o Direito Médico numa sociedade pluralista e laica não deve embalar no discurso de aproximação do direito à moral vigente ou de determinado jurista”<sup>[CIX]</sup>.

Apesar disso, a opção, seja qual for, que venha a tomar — e já se adivinha qual ela seja —, resultará, sempre, da interpretação que faço dos princípios, e essa valoração axiológica estará permanentemente dependente das circunstâncias que me envolvem, logo, é ideológico-valorativa.

Tal como diz o canta-autor JORGE PALMA, “*Enquanto houver ventos e mar/A gente não vai parar*”, dobremos, pois, o “Cabo das

Tormentas”, de modo a podermos transformá-lo em “Boa Esperança”, por nos permitir chegar às águas que queremos de mar chão, para aportarmos no porto seguro das conclusões.

Dito isto, e atento tudo quanto acima deixei explanado, respondendo à questão que dá título a esta minha dissertação, afirmo que, no atual quadro legal e valoração ético-deontológica, *o “Ato Médico” não é um contrato de empreitada.*

## Notas de Fim

- [<sup>i</sup>] ANNA URSULA DREHER, in “*Foundations for Conceptual Research in Psychoanalysis*”, London, Karnac (2000).
- [<sup>ii</sup>] CASTANHEIRA NEVES, “*O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?*”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 139, p. 211. No mesmo sentido, ver, do mesmo autor, “*O Direito como Alternativa Humana*”, in *Digesto*, Vol. 1, pp. 289 e ss.
- [<sup>iii</sup>] FARIA COSTA, “*Em redor da noção de ato médico*”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 138, p. 129.
- [<sup>iv</sup>] MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, p. 9.
- [<sup>v</sup>] VOLTAIRE, *apud* SIDDHARTHA MUKHERJEE, *op. cit.*, “*O Imperador ...*”, p. 206.
- [<sup>vi</sup>] GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, “*O fim da arte ....*”, pp. 105/108.
- [<sup>vii</sup>] DIEGO GARCIA, *op. cit.*, “*Fundamentos de ...*”, p. 51, *apud* GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, “*O fim da arte ....*”, p. 106.
- [<sup>viii</sup>] RAYMOND VILLEY in “*Histoire du secret médical*”, Paris, Seghers, 1986, p. 15, *apud* GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, “*O fim da arte ...*”, p. 106.
- [<sup>ix</sup>] ELENA BURGOA, “*A cabeça de jano e a negligência médica. O caso português*”, in *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, 13, (1999), p. 75.
- [<sup>x</sup>] LUIS FILIPE DE SOUSA, “*O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (Competência, instrução do processo, prova pericial)*”, in *Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Coleção: Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários, p. 451.
- [<sup>xi</sup>] LESSEPS LOURENÇO DOS REYS, “*Responsabilidade civil dos médicos*”, in *RFML*, Série III, Vol. V, n.º 5, p. 312, citando ETCHEGOYEN in “*A Era dos Responsáveis*”, 1995, p. 133, *apud* LUIS FILIPE DE SOUSA, *op. cit.*, “*O ónus da prova ...*”, p. 451.
- [<sup>xii</sup>] GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Autorregulação Profissional dos Médicos*”, in *Temas de Direito da Medicina*, Centro de Direito Biomédico, 1, pp. 247 e ss.

- [xiii] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “A responsabilidade civil...”, pp. 24/25.
- [xiv] GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, “O fim da arte ....”, p. 108.
- [xv] JOÃO ARRISCADO NUNES, “Saúde, direito à saúde e justiça sanitária” in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 87, pp. 144/146.
- [xvi] LUIS DAVID CASTIEL/CARLOS ALVAREZ-DARDET DIAZ, 2007, in “A saúde persecutória: os limites da responsabilidade”, Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, *apud* JOÃO ARRISCADO NUNES, *op. cit.*, “Saúde, direito...”, p. 146.
- [xvii] CHARLES BRIGGS L./CLARA MANTINI-BRIGGS, 2003, in “Stories in the Time of Cholera; Racial Profiling during a Medical Nightmare”, Berkeley: University of California Press, *apud* JOÃO ARRISCADO, *op. cit.*, “Saúde, direito...”, p. 146.
- [xviii] KNOWLES, *apud* PATRICK PERETTI-WATEL/JEAN PAUL MOATTI, 2009, in “Le principe de prevention: Le culte de la santé et ses dérivés”, Paris: Seuil, *apud* JOÃO ARRISCADO NUNES, *op. cit.*, “Saúde, direito...”, p. 146.
- [xix] FARIA COSTA, *op. cit.*, “Em redor ...”, p. 128.
- [xx] ADELE E. CLARKE *et al.*, 2003, “Biomedicalization: Technoscientific Transformation of Health, Illness, and U.S. Biomedecine” in *American Sociological Review*, 68: 161-94; NIKOLAS ROSE, 2007, in “The Politics of Life Itself: Biomedicine, Power, and Subjectivity in the Twenty-First Century”, Princeton: Princeton University Press, *apud* JOÃO ARRISCADO NUNES, *op. cit.*, “Saúde, direito...”, p. 150.
- [xxi] ANNEMARIE MOL, 2008, in “The Logic of Care: Health and the Problem of Choice”. London: Routledge, referido *apud* JOÃO ARRISCADO NUNES, *op. cit.*, “Saúde, direito...”, p. 151.
- [xxii] NIKOLAS ROSE, 2007, *op. cit.*, “The politics ...”, *apud* JOÃO ARRISCADO NUNES, *op. cit.*, “Saúde, direito...”, p. 152.
- [xxiii] JOÃO ARRISCADO NUNES, *op. cit.*, “Saúde, direito...”, pp. 150/152.
- [xxiv] STUART F. SPICKER, “Invulnerability and Medicine’s «Promise of Imortality: Changing Images of the Human Body During the Growth of Medical Knowledge”, p. 166, in *The Growth of Medical Knowledge*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publisher, 1990, p. 163-175, *apud* GUILHERME DE OLIVEIRA, “Direito

*Biomédico e Investigação Clínica*” in *Temas de Direito da Medicina*, 1, p. 201.

- [xxv] GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, “*Direito biomédico ...*”, p. 201.
- [xxvi] PATRICK PERETTI-WATEL/JEAN PAUL MOATTI, *op. cit.*, “*Le principe ...*”, *apud* JOÃO ARRISCADO NUNES, *op. cit.*, “*Saúde, direito...*”, p. 148.
- [xxvii] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 36.
- [xxviii] ELENA BURGOA, *op. cit.*, “*A cabeça de jano ...*”, p. 78.
- [xxix] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 39.
- [xxx] ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “*Responsabilidade ...*”, p. 9.
- [xxxi] ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “*O consentimento informado...*”, p. 17.
- [xxxii] PATRICIA M. DANZON/MARK V. PAULY/RAINARD S. KINGTON, “*The effects of malpractice litigation on physicians’ fees and incomes*”, in *The American Economic Review*, maio, 1990, 80, n.º 2, pp. 122 e ss., *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 31.
- [xxxiii] LUCÍLIA NUNES, “*Responsabilidade do Profissional de Saúde — esfera de ação, enquadramento(s) e contexto(s)*”, in *Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Coleção: Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários, p. 17.
- [xxxiv] ESPERANÇA PINA, in “*Ética, deontologia e direito médico*”, p. 56.
- [xxxv] REMÉDIO MARQUES in “*Mudança de Sexo, o Critério Jurídico (O Problema do Paradigma Corporal da Identificação/Identidade Sexual no Registo Civil)*”, 1991, p. 280.
- [xxxvi] SÉRVULO CORREIA, “*Introdução ao Direito da Saúde*” in *Direito da Saúde e Bioética*, Lex, Lisboa, p.41, *apud* MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, p. 18.
- [xxxvii] CLÁUDIA MONGE in “*Contributos para o Estudo do Direito da Saúde: a Prestação de Cuidados de Saúde*”, tese inédita (2002), *apud* MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, p. 18.
- [xxxviii] JEAN MICHEL DE FORGES, in “*Le Droit de la Santé*”, 8.ª ed., PUF, Paris, 2012, p. 7, *apud* MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, p. 18.
- [xxxix] ANDRÉ DEMICHEL, “*Le Droit de la Santé*” in *Les Études Hospitalières*, Bordeaux, 1999, p. 31, *apud* MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, p. 19.

- [XL] MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, p. 19.
- [XLI] ORLANDO DE CARVALHO, “*Transplantações e direitos das pessoas*”, in *Transplantações (Colóquio Interdisciplinar)*, Centro de Direito Biomédico, p. 138.
- [XLII] TAVARES DE SOUSA, in “*Curso de História da Medicina*”, p. 12, *apud* Faria Costa, *op. cit.*, “*Em redor ...*”, p. 129.
- [XLIII] FARIA COSTA, *op. cit.*, “*Em redor ...*”, p. 130.
- [XLIV] FARIA COSTA, *op. cit.*, “*Em redor ...*”, p. 132.
- [XLV] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, p. 84.
- [XLVI] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, p. 84.
- [XLVII] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil ...*”, pp. 59/60.
- [XLVIII] Nesse sentido vide: <<http://www.publico.pt/mundo/noticia/medicos-foram-cumplices-de-abusos-e-tortura-em-guantanamo-e-prisoas-da-cia-1611395>>.
- [XLIX] VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, “*Do ato ...*”, p. 39.
- [L] JOSÉ FRAGATA/LUIS MARTINS, *op. cit.*, “*O Erro ...*”, pp. 21/22.
- [LI] L. LEAP, (1994) “*The preventability of medical injury*”, in Bogner, M. (Ed.), *Human Error in Medicine*. Lawrence Erlbaum Associates, Inc. Publishers, pp. 13-26, *apud* JOSÉ FRAGATA/LUIS MARTINS, *op. cit.*, “*O Erro ...*”, p. 61.
- [LII] VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, “*Do ato ...*”, pp. 14-16.
- [LIII] GERMANO DE SOUSA, “*O ato médico: o erro médico e a negligência médica. O erro de diagnóstico. A intervenção médica curativa. A cirurgia plástica reconstrutiva*”, in *Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Coleção Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários, pp. 90-93; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil ...*”, p. 126.
- [LIV] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil ...*”, p. 73.
- [LV] MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, p. 187.
- [LVI] ESPERANÇA PINA, *op. cit.*, “*Ética, ...*”, p. XXI.
- [LVII] MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, pp. 202-206.

- [LVIII] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, p. 111.
- [LIX] PEDRO ROMANO MARTINEZ, “*Responsabilidade civil por ato ou omissão do médico*”, in Estudos de Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida, p. 477; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 117.
- [LX] GUILHERME DE OLIVEIRA, *op. cit.*, “*Estrutura jurídica ...*”, p. 63.
- [LXI] ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “*O consentimento informado...*”, p. 56.
- [LXII] ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “*O consentimento informado...*”.
- [LXIII] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 79.
- [LXIV] TOM L. BEAUCHAMP/JAMES F. CHIDRESS, in “*Principles of Biomedical Ethics*”, Oxford University Press, *apud* ESPERANÇA PINA, *op. cit.*, “*Ética, ....*”, pp. 11/13.
- [LXV] FARIA COSTA, *op. cit.*, “*Em redor ...*”, p. 133.
- [LXVI] ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “*Procriação assistida ...*”, pp. 221/222.
- [LXVII] ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “*Procriação assistida ...*”, p. 222 (Nota 1).
- [LXVIII] PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, “*Responsabilidade civil ...*”, p. 159.
- [LXIX] Sobre os conceitos aludidos neste parágrafo, *vide* MANUEL DE ANDRADE, *op. cit.*, “*Teoria Geral ...*”, Vol. II, pp. 54/58 e MOTA PINTO, in “*Teoria Geral do Direito Civil*”, pp. 399/404.
- [LXX] MANUEL DE ANDRADE, *op. cit.*, “*Teoria Geral ...*”, p. 34.
- [LXXI] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, pp. 99/101.
- [LXXII] CARLO AUGUSTO CANNATA, in “*Le obbligazioni in generale*”, pp. 26-34; PIETRO RESCIGNO, in “*Obbligazioni (diritto privato)*”, p. 155-156, *idem*, “*Contrato — In generale*”, in Enciclopedia giuridica, Vol. IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, pp. 1-33, *apud* PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, “*Responsabilidade civil ...*”, p. 137.
- [LXXIII] SINDE MONTEIRO, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 2000 e à sentença do Juiz do 3.º Juízo de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca de Santo Tirso de 2 de maio de 1996*, in Revista de Legislação e Jurisprudência 133, pp. 17-32.
- [LXXIV] HÉLDER RAPOSO, *op. cit.*, “*Risco e incerteza ...*”, p. 750.

- [LXXV] LUCÍLIA NUNES, *op. cit.*, “Responsabilidade do ...”, pp. 30/31.
- [LXXVI] R. FOX, in “*Perilous. Physicans and Patients Facing the Unknow*”, Nem Brunswick, Transaction Publishers, *apud* HÉLDER RAPOSO, *op. cit.*, “Risco e incerteza ...”, p. 763.
- [LXXVII] S. TIMMERMANS/ANGELL A., “*Evidence-based medicine, clinical uncertainty and learning to doctor*”, in *Journal of Health Care*, Filadélfia, Temple University Press, pp. 348-349, *apud* HÉLDER RAPOSO, *op. cit.*, “Risco e incerteza ...”, p. 763.
- [LXXVIII] S. TIMMERMANS/ANGELL A., “*Evidence-based medicine, clinical uncertainty and learning to doctor*”, in *Journal of Health Care*, Filadélfia, Temple University Press, pp. 352-356, *apud* HÉLDER RAPOSO, *op. cit.*, “Risco e incerteza ...”, p. 763.
- [LXXIX] K. MALTERUD, “*The legitimacy of clinical knowledge: towards a medical epistemology embracing the art of medicine*”, in *Theoretical Medicine*, 16, pp. 183-198, *apud* HÉLDER RAPOSO, *op. cit.*, “Risco e incerteza ...”, p. 763.
- [LXXX] K. MALTERUD, “*The art and science of clinical knowledge: evidence beyond measures and numbers*”, in *The Lancet*, 358, pp. 397-400, *apud* HÉLDER RAPOSO, *op. cit.*, “Risco e incerteza ...”, p. 763.
- [LXXXI] ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “*Procriação assistida ...*”, p. 255.
- [LXXXII] MIGUEL KFOURI NETO, in “*Responsabilidade Civil do médico*”, 5.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 36.
- [LXXXIII] JOSÉ FRAGATA, *op. cit.*, “*Risco clínico ...*”, p. 159.
- [LXXXIV] ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “*Procriação assistida ...*”, p. 251.
- [LXXXV] MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil ...*”, pp. 329/336; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, “*Responsabilidade médica ...*”, p. 45; ALMEIDA E COSTA, *op. cit.*, “*Direito das ...*”, 5.<sup>a</sup> ed., p. 886.
- [LXXXVI] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, pp. 93/94.
- [LXXXVII] LEBRE DE FREITAS, “*A responsabilidade dos profissionais liberais*”, in *Estudos sobre direito civil e processo civil*”, p. 819.
- [LXXXVIII] ENRICO QUADRI, “*Profili dlla responsabilità médica, com particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*”, in *Responsabilità civile e previdenza*, Vol. LXIX,

2004, 2, pp. 319 e ss., *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, pp. 54 e 42.

- [LXXXIX] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 15.
- [<sup>xc</sup>] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 53.
- [<sup>xcI</sup>] ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “*Das Obrigações ...*”, p. 451.
- [<sup>xcII</sup>] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, (“*A responsabilidade civil...*”), p. 136.
- [<sup>xcIII</sup>] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 96.
- [<sup>xcIV</sup>] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 105.
- [<sup>xcV</sup>] ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, “*Procriação assistida ...*”, pp. 385-403 e “*O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*”, in *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Centro de Direito Biomédico, 11, p. 387-434; MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, p. 300; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, pp. 221-236; VERA LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, “*Do ato ...*”, pp. 142-148 e pp. 319-327; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Os contratos civis ...*”, p. 118; SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, “*Responsabilidade médica ...*”, pp. 40/42.
- [<sup>xcVI</sup>] ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “*Das Obrigações ...*”, pp. 898 e ss.; ALMEIDA E COSTA, *op. cit.*, “*Direito das ...*”, pp. 707 e ss.; RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, “*Direito das ...*”, pp. 496 e ss.
- [<sup>xcVII</sup>] ANTUNES VARELA, *op. cit.*, “*Das Obrigações ...*”, pp. 890/891.
- [<sup>xcVIII</sup>] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil ...*”, p. 167.
- [<sup>xcIX</sup>] MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *op. cit.*, “*Direito da Saúde*”, p. 15.
- [<sup>c</sup>] RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, “*A responsabilidade civil...*”, p. 72.
- [<sup>ci</sup>] RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, “*Direito das ...*”, pp. 211 e ss.
- [<sup>cII</sup>] ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, “*O consentimento informado ...*”, pp. 38/39.
- [<sup>cIII</sup>] PEDRO ROMANO MARTINEZ, “*Contrato de empreitada*”, p. 26.
- [<sup>cIV</sup>] JOÃO CURA MARIANO, *op. cit.*, “*A responsabilidade ...*”, pp. 57-63.
- [<sup>cV</sup>] JOÃO CURA MARIANO, *op. cit.*, “*Responsabilidade contratual ...*”, p. 48.

- [<sup>CVI</sup>] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, “*Contratos II*”, p. 152.
- [<sup>CVII</sup>] Acórdão de 03 de março de 2006, prolatado no processo 7100/05 (CAIMOTO JÁCOME).
- [<sup>CVIII</sup>] *Vide*: <[http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Interior.aspx?content\\_id=964630](http://www.jn.pt/PaginaInicial/Sociedade/Interior.aspx?content_id=964630)>.
- [<sup>CIX</sup>] ANDRÉ DIAS PEREIRA, *op. cit.*, (“*O consentimento ...*”), p. 145.

## Bibliografia

- A., S. TIMMERMANS / ANGEL, *Evidence-based medicine, clinical uncertainty and learning to doctor*, Journal of Health Care, Filadélfia, Temple University Press.
- ALARCÃO, DE RUI, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por Sousa Ribeiro, Sinde Monteiro, Almeno de Sá e Brandão Proença).
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Os contratos civis de prestação de serviço médico, Direito da Saúde e Bioética*, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*.
- \_\_\_\_\_, *Contrato*, Vol. I, II (3.<sup>a</sup> ed.).
- ALMEIDA, MOITINHO DE, *A responsabilidade civil dos Médicos e o seu seguro*, Scientia Iurídica, XXI.
- ALVINO, LIMA, *Da culpa ao risco*, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, São Paulo.
- ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, II; \_\_\_\_\_, *Teoria Geral das Obrigações*.
- ASCENÇÃO, OLIVEIRA, *O Direito, Introdução e Teoria Geral. Uma perspetiva Luso-Brasileira*.
- AUGUSTO, AMÉLIA, <<http://www.aps.pt/vicongresso/pdfs/571.pdf>>.
- BRIGGS, CHARLES BRIGGS L./CLARA MANTINI, *Stories in the Time of Cholera; Racial Profiling during a Medical Nightmare*, Berkeley: University of California Press, 2003.
- BURGOA, ELENA, *A cabeça de jano e a negligência médica. O caso português*, 1999, Sub Judice, Justiça e Sociedade, 13.
- CABRAL, RITA, *O direito à intimidade da vida privada*.
- CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II.
- CANNATA, CARLO AUGUSTO, *Le obbligazioni in generale*.
- CARNEIRO, ANTÓNIO VAZ, *Princípios de Seleção e uso de Testes de Diagnóstico: Propriedades intrínsecas dos testes*, Revista Portuguesa de Cardiologia, 2001, 20 (12).
- \_\_\_\_\_, *Características diagnósticas dos testes: sensibilidade, especificidade, valores preditivos e likelihood ratios*, Revista Portuguesa de Cardiologia, Maio de 2011, Vol. 30.
- CARNEIRO, SÉRGIO PAULO/SUSANA MENDES/RICARDO VIZINHO/ANTÓNIO VAZ, *Testes diagnósticos, probabilidades pré-testes e pós-testes e a sua utili-*

- zação na prática clínica, *Revista Portuguesa de Cardiologia*, Vol. 23, setembro 2004.
- CARNEIRO, SILVA, *Responsabilidade da Administração Hospitalar*, Revista de Direito e Estudos Sociais, XIX.
- CARVALHO, ORLANDO DE, *Transplantações e direitos das pessoas, Transplantações* (Colóquio Interdisciplinar), Centro de Direito Biomédico, 3. —, *Teoria Geral do Direito Civil*.
- CHABAS, HENRI MAZEAUD/LÉON MAZEAUD/JEAN MAZEAUD/FRANÇOIS, *Leçons de Droit Civil*.
- CHIDRESS, TOM L. BEAUCHAMP/ JAMES F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press.
- CLARA, CHARLES L. BRIGGS/MANTINI-BRIGGS, *Stories in the Time of Cholera: Racial Profiling during a Medical Nightmare*, 2003, Berkeley: University of California Press.
- CLARKE, ADELE E., *Biomedicalization: Technoscientific Transformation of Health, Illness, and U.S. Biomedicine*, in *American Sociological Review*, 2003.
- COELHO, PEREIRA, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*.
- CORDEIRO, MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. II.  
—, *Da boa-fé no Direito Civil*.  
—, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*.
- CORREIA, SÉRVULO, *As relações jurídicas de prestação de cuidados de saúde*, Direito da Saúde e Bioética, AAFDL.  
—, *Introdução ao Direito da Saúde*, Direito da Saúde e Bioética.
- COSTA, ALMEIDA, *Direito das Obrigações*.
- COSTA, FARIA, *Em redor da noção de ato médico*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 138.
- COSTA, SALVADOR DA, *Organização Judiciária*, Revista da Ordem dos Advogados, 73, II/III.
- COSTALES, J. FERNANDEZ, *Contrato de servicios médicos*, 1998, Madrid.
- DANTAS, EDUARDO, *O inadimplemento do contrato de serviços médicos*, Estudos sobre Incumprimento do Contrato.
- DEMICHEL, ANDRÉ, *Le Droit de la Santé*, Les Études Hospitalières, 1999, Bordeaux.
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, Paris.

- DIAS, ÁLVARO, *Procriação assistida e responsabilidade Médica*.  
—, *Responsabilidade, Informação, consentimento e confidencialidade*, Revista Portuguesa do Dano Corporal, III, 4.  
—, *Culpa Médica: algumas ideias força*, Revista Portuguesa do Dano Corporal, IV, 5.  
—, *Breves considerações em torno da natureza da responsabilidade civil médica*, Revista Portuguesa do Dano Corporal, II, 3.  
—, *O problema da avaliação dos danos corporais resultantes de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*, Responsabilidade Civil dos Médicos, Centro de Direito Biomédico, 11.
- DIAS, SINDE MONTEIRO/FIGUEIREDO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Boletim do Ministério da Justiça, 332.
- DIAZ, LUIS DAVID CASTIEL/CARLOS ALVAREZ-DARDET, *A saúde persecutória: os limites da responsabilidade*, 2007, Rio de Janeiro, Editora Fiocruz.
- DREHER, ANNA URSULA, *Foundations for Conceptual Research in Psycho-analysis*, London, Karnac, 2000.
- ETCHEGOYEN, *A Era dos Responsáveis*, 1995.
- FARIA, JORGE RIBEIRO DE, *Direito das Obrigações*, Vol. I.  
—, *Da prova na responsabilidade civil médica — Reflexões em torno do direito alemão*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, I.
- FERREYRA, VAZQUEZ, *Daños e prjuicios en el ejercicio de la Medicina*, 2.<sup>a</sup> ed., Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires.
- FORGES, JEAN MICHEL DE, *Le Droit de la Santé*, 8.<sup>a</sup> ed. PUF, Paris, 2012.
- FOSSARD, JOSEPH, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*.
- FOX, R., *Perilous. Physicans and Patients Facing the Unknow*, New Brunswick, Transaction Publishers.
- FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Contrato e dever de proteção*.  
—, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*.
- FRAGATA, JOSÉ, *Riscos clínicos, complexidade e performance*.
- FREITAS, LEBRE DE, *A responsabilidade dos profissionais liberais*, Estudos sobre direito civil e processo civil.
- GARCIA, DIEGO, *Fundamentos de Bioética*, 1989, Madrid, Eudema.
- GASPAR, HENRIQUE, *A responsabilidade civil do médico*, Coletânea de Jurisprudência, 1978, I.

- GIACOBBE, G., *Professioni Intelletuali*, Enc. Dir., XXXVI.
- GIL, CARLOS PEREIRA, *Da Prova Pericial*, Centro de Estudos Judiciários.
- GOMES, JÚLIO, *Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal*, Revista de Direito e Economia, XV.
- GONÇALVES, CARLA, *Responsabilidade médica objetiva*, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Centro de Direito Biomédico, 11.
- \_\_\_, *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*, Centro de Direito Biomédico, 14.
- GOUVEIA, JAIME, *Da responsabilidade contratual*.
- HOSTER, HEINRICH, *A Parte Geral do Código Civil português — Teoria Geral do Direito*.
- KINGTON, PATRICIA M. DANZON/MARK V. PAULY/RAINARD S., *The effects of malpractice litigation on physicians' fees and incomes*, The American Economic Review, maio, 1990, 80, n.º 2.
- LAKOFF, ANDREW, *The Right Patients for the Drug: Pharmaceutical Circuits and the Codification of Illness*, J. HACKETT, et al. (orgs), The Handbook of Science and Technology Studies. 3.ª ed., Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2008.
- LEAP, L., *The preventability of medical injury*, in Bogner, M. (Ed.), Human Error in Medicine. Lawrence Erlbaum Associates, Inc. Publishers, 1994.
- LEITÃO, MENEZES, *Direito das Obrigações*.
- LOPEZ, J. ATAZ, *Los Médicos y la Responsabilidad Civil*, Madrid.
- LOUREIRO, JOÃO CARLOS, *Direito (à proteção) da saúde*, Estudos em Homagem ao Doutor Marcello Caetano, 2007, Coimbra.
- MACHADO, BATISTA, *A cláusula do razoável*, Obra Dispersa, Vol. I.
- MACIEIRINHA, MARIA JOÃO ESTORNINHO/TIAGO, *Direito da Saúde*.
- MALTERUD, K., *The legitimacy of clinical knowledge: towards a medical epistemology embracing the art of medicine*, Theoretical Medicine, 16.
- \_\_\_, *The art and science of clinical knowledge: evidence beyond measures and numbers*, The Lancet, 358.
- MARIANO, JOÃO CURA, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*.
- MARQUES, REMÉDIO, *Mudança de Sexo, o Critério Jurídico (O Problema do Paradigma Corporal da Identificação/Identidade Sexual no Registo Civil)*, 1991.

- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Responsabilidade civil por ato ou omissão do médico*, Estudos de Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida.
- , *Direito das Obrigações. Apontamentos*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2004.
- , *Contrato de empreitada*.
- MARTINS, JOSÉ FRAGATA/LUIS, *O erro médico em Medicina*.
- MOATTI, PATRICK PERETTI-WATEL/JEAN PAUL, *Le principe de prevention: Le culte de la santé et ses dérives*, Paris: Seuil, 2009.
- MOL, ANNEMARIE, *The Logic of Care: Health and the Problem of Choice*, London: Routledge, 2008.
- MONGE, CLÁUDIA, *Contributos para o Estudo do Direito da Saúde: a Prestação de Cuidados de Saúde*, tese inédita (2002).
- MONTEIRO, PINTO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Boletim da Faculdade de Direito, XXVIII.
- MONTEIRO, SINDE, *Anotação ao Acórdão de 12 de novembro de 1996*, Revista de Legislação e Jurisprudência, n.ºs 3887, 3888, 3889, 3897, 3898 e 3900
- , *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de fevereiro de 2000 e à sentença do Juiz do 3.º Juízo de Competência Especializada Cível do Tribunal da Comarca de Santo Tirso de 2 de maio de 1996*, Revista de Legislação e Jurisprudência 133
- , *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*.
- , *Relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil*.
- , *Responsabilidade Civil*, Revista de Direito e Economia, 4, 1.
- MORILLO, JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZALEZ/ANDREA MACÍA, *La responsabilidad médica en el Ordenamiento español*, *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Centro de Direito Biomédico.
- MUKHERJEE, SIDDHARTHA, *O Imperador de todos os males*.
- NETO, MARIA LUÍSA, *A infeção por HIV resultante de transfusões de sangue contaminado no contexto da responsabilidade extracontratual do Estado*.
- NETO, MIGUEL KFOURI, *Responsabilidade Civil do médico*, 5.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- NEVES, CASTANHEIRA, *O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência?*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 139.
- , *O Direito como Alternativa Humana*, Digesto, Vol. 1.

- NUNES, JOÃO ARRISCADO, *Saúde, direito à saúde e justiça sanitária*, Revista Crítica de Ciências Sociais, 87.
- NUNES, LUCÍLIA, *Responsabilidade do Profissional de Saúde — esfera de ação, enquadramento(s) e contexto(s)*, Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, Coleção: Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários.
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Estrutura jurídica do ato médico, consentimento informado e responsabilidade médica*, Centro de Direito Biomédico, Vol. I.
- \_\_\_, *Autorregulação Profissional dos Médicos*, Temas de Direito da Medicina, Centro de Direito Biomédico, 1.
- \_\_\_, *Direito Biomédico e Investigação Clínica*, Temas de Direito da Medicina, 1.
- \_\_\_, *O Fim da Arte Silenciosa*, Temas de Direito da Medicina, Centro de Direito Biomédico, 1.
- OLIVEIRA, PINTO DE, *Responsabilidade civil em instituições privadas de saúde, Responsabilidade Civil dos Médicos*, Centro de Direito Biomédico, 11.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A responsabilidade civil do médico. Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*, Centro de Direito Biomédico, 15.
- PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, Centro de Direito Biomédico, 9.
- PEREIRA, RUI SOARES, *A responsabilidade por danos não patrimoniais. Do incumprimento das obrigações no Direito Civil*.
- PIGNARRE, PHILIPPE, *Comment la depression est devenue une épedemie*, Paris: La Decouverte, 2001.
- PINA, ESPERANÇA, *Ética, deontologia e direito médico*.
- PINTO, MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.<sup>a</sup> ed.
- \_\_\_, *Cessão da Posição Contratual*.
- PINTO, PAULO MOTA, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*.
- PROENÇA, BRANDÃO, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*.
- QUADRI, ENRICO, *Profili della responsabilità médica, com particolare riguardo alla ginecologia ed obstetricia: esperienze recenti e prospettive*, Responsabilità civile e previdenza, Vol. LXIX, 2004, 2.

- RAPOSO, HÉLDER, *Risco e Incerteza no pensamento biomédico: notas teóricas sobre o advento da quantificação e da prova experimental na Medicina moderna*, *Análise Social*, XLIV, 2009.
- RAPOSO, VERA LÚCIA, *Do ato médico ao problema jurídico*.
- RESCIGNO, PIETRO, *Obbligazioni (diritto privato), Contrato — in generale*, *Enciclopedia giuridica*, Vol. IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma.
- REYS, LESSEPS LOURENÇO DOS, *Responsabilidade civil dos médicos*, RFML, Série III, Vol. V, n.º 5.
- RIBEIRO, JOAQUIM SOUSA, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Separata do Vol. XXV do Boletim da Faculdade de Direito.
- RIBEIRO, RICARDO LUCAS, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*.
- RODRIGUES, CUNHA GOMES, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, *Direito e Justiça*, XIV, 3.
- RODRIGUES, VAZ, *O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente)*, *Centro de Direito Biomédico*, 3.
- ROSE, NIKOLAS, *The Politics of Life Itself: Biomedicine, Power, and Subjectivity in the Twenty-First Century*, Princeton: Princeton University Press, 2007.
- SALDANHA, J. ALCOFORADO, *Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20 de novembro de 1984 e ao do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de julho de 1985*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 48 (1988).
- SANTOS, GONÇALO CASTILHO DOS, *Responsabilidade Objetiva. Novas tendências através da responsabilidade pelo risco*, *Relatório de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*.
- SERRA, VAZ, *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, *Boletim do Ministério da Justiça*, 85.
- SILVA, CALVÃO DA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 2.ª ed., Separata do Vol. XXX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- SILVA, CARNEIRO, *Responsabilidade dos administradores hospitalares*, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, IXI.
- SILVA, GOMES DA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, I.
- SILVA, MOTA PINTO/CALVÃO DA, *Responsabilidade civil do produtor*, *Direito Civil*.

- SONTAG, SUSAN, *Illness as Metaphor and AIDS and its Metaphor*, Nova Iorque, Picador, 1990.
- SOUSA, GERMANO DE, *O ato médico: o erro médico e a negligência médica. O erro de diagnóstico. A intervenção médica curativa. A cirurgia plástica reconstrutiva, Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Coleção Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários.
- SOUSA, JOAQUIM RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Separata do Vol. XXV do Boletim da Faculdade de Direito.
- SOUSA, LUIS FILIPE DE, *O Ônus da Prova na Responsabilidade Civil Médica. Questões processuais atinentes à tramitação deste tipo de ações (Competência, instrução do processo, prova pericial)*, Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, Coleção: Ações de Formação, Centro de Estudos Judiciários.
- SOUSA, TAVARES DE, *Curso de História da Medicina*.
- SPICKER, STUART F., *Invulnerability and Medicine's. Promise of Immortality: Changing Images of the Human Body During the Growth of Medical Knowledge, The Growth of Medical Knowledge*, Dordrecht/Boston/ /London, Kluwer Academic Publisher, 1990.
- STARCK, BORIS, *Droit Civil. Obligations*.
- SZASZ, ANDREW, *Shopping our Way to Safety: How We Changed from Protecting the Environment to Protecting Ourselves*, Minneapolis: University of Minnesota, 2008.
- TELLES, GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.<sup>a</sup> ed.
- VANSWEEVELT "La responsabilité civile du medecin et de l'Hôpital", n.os 94-116.
- VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 3.<sup>a</sup> ed.
- VARELA, PIRES DE LIMA/ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3.<sup>a</sup> ed.
- VILLEY, RAYMOND, *Histoire du secret medical*, Paris, Seghers, 1986.



# SÚMULA SOBRE O INCUMPRIMENTO DO CONTRATO-PROMESSA

*Pelo Dr. José Diogo Falcão(\*)*

## *SUMÁRIO:*

**1. Noção.** **2. O Sinal.** **3. O Incumprimento.** **3.1.** A Execução Específica (art. 830.º). *3.1.1.* Noção. *3.1.2.* Convenção em contrário à execução específica (art. 830.º, n.º 2). *3.1.3.* A natureza da obrigação assumida. *3.1.4.* Os contratos-promessa a que se refere o art. 410.º n.º 3 (art. 830.º, n.º 3). *3.1.5.* O depósito do preço. **3.2.** O registo da acção de execução específica e a transmissão a terceiro do bem objecto do contrato prometido. **3.3.** A execução específica e embargos de terceiro. **4. O art. 442.º do Código Civil.** **4.1.** Cumprimento do contrato. **4.2.** O incumprimento imputável a um dos contraentes. *4.2.1.* Incumprimento imputável ao contraente que prestou o sinal (tradens). *4.2.2.* Incumprimento imputável ao contraente que recebeu o sinal (accipiens). **4.3.** A primeira parte do n.º 3 do art. 442.º. **4.4.** A segunda parte do n.º 3 do art. 442.º. **4.5.** O n.º 4 do art. 442.º. **4.6.** Incumprimento imputável a ambos os promitentes (concorrência de culpas). **4.7.** A natureza do direito do promitente-comprador que obteve a traditio. **5. O Direito de Retenção.** **5.1.** O art. 755.º, n.º 1, alínea *f*). **5.2.** O promitente-comprador de fracção autónoma em construção que obteve a “tradio rei”. **5.3.** O direito de retenção, penhora e venda executiva da coisa objecto do contrato prometido. **5.4.** O direito de retenção e o caso julgado.

---

(\*) Advogado. Assistente no Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto.

## 1. Noção

O contrato-promessa está definido no Código Civil como sendo «a *convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato*» (art. 410.º n.º 1 do Cód. Civil)<sup>(1)</sup>. O contrato objecto do contrato-promessa, e que as partes se obrigam a realizar, denomina-se por contrato prometido (por exemplo, compra e venda, arrendamento, trespasse, cessão de quotas, etc.). Daqui decorre que a prestação devida no contrato-promessa traduz-se numa prestação de facto positivo consistente na emissão de uma declaração de vontade negocial destinada a celebrar um outro contrato, denominado por contrato prometido. A título de exemplo, num contrato-promessa de compra e venda as partes obrigam-se a realizar no futuro o prometido contrato de compra e venda, respectivamente, como comprador e como vendedor<sup>(2)</sup>.

Estamos em face de um instituto de enorme importância prática e relevância social, sendo muito variadas as razões que, frequentemente, estão na base da sua utilização. Através do contrato-promessa pretendem as partes assegurar a celebração do contrato prometido quando existe algum obstáculo, material ou jurídico, que impede a sua imediata realização. Assim sucede quando, a título de exemplo, uma das partes não dispõe, de imediato, das importâncias necessárias para celebrar o contrato prometido; ou quando o contrato prometido ainda não pode ser celebrado por se tratar de coisa futura, ou por não ser possível, desde logo, cumprir determinadas formalidades legalmente impostas, pretendendo, porém, as partes assegurar a sua celebração; *mutatis mutandis* quando se torna necessário obter o consentimento de terceiro. Nestes casos (como noutros) o contrato-promessa surge como o instrumento natural destinado a assegurar às partes a posterior celebração do contrato pretendido realizar, isto é, o contrato prometido.

---

(1) Todas as disposições legais referidas sem menção expressa ao respectivo diploma legal pertencem ao Código Civil.

(2) Considera ALMEIDA COSTA, *in* “Contrato-Promessa — Uma Síntese do Regime Vigente”, p. 12, 9.ª ed., 2007, nota de rodapé n.º 4, não se mostrar impensável «nem destituído de interesse, que possa concluir-se um contrato-promessa cujo objecto seja também um contrato-promessa».

O contrato-promessa não se confunde com meros actos de negociação que integram o denominado “*iter negotii*”. É que estes actos, embora possuindo relevância jurídica — podendo inclusivamente desencadear responsabilidade pré-contratual —, limitam-se a integrar o processo formativo dos negócios jurídicos, estando, porém, desprovidos de eficácia contratual. Diversamente, o contrato-promessa tem eficácia “*inter partes*” pois através dele as partes (frequentemente designadas por promitentes) ficam vinculadas à realização do contrato prometido. Ademais, e com vista a evitar posteriores negociações, deve o contrato-promessa definir, desde logo, o conteúdo do contrato prometido.

O contrato-promessa encontra a sua disciplina nuclear nos arts. 410.º a 413.º, 441.º, 442.º, 755.º, n.º 1, al. f) e 830.º do Cód. Civil. Algumas destas disposições legais já não mantêm a sua redacção originária em virtude de terem sido objecto de diversas alterações legislativas. Com efeito, no ano de 1980, o legislador alterou de modo substancial a disciplina do contrato-promessa<sup>(3)</sup>. Esta reforma legislativa não teve uma longa vida, porquanto passados 6 anos o legislador realizou nova intervenção legislativa<sup>(4)</sup>. Já recentemente<sup>(5)</sup>, o legislador realizou nova intervenção legislativa, embora de menor alcance do que as anteriores<sup>(6)</sup>.

## 2. O Sinal

Importa saber se estamos em face de um contrato-promessa no qual as partes convencionaram, ou não, sinal. Por sinal entende-se uma coisa, habitualmente uma quantia em dinheiro (embora possa ser constituído por outra coisa fungível ou não fungível)<sup>(7)</sup>, que um

<sup>(3)</sup> Vide Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho.

<sup>(4)</sup> Vide Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro.

<sup>(5)</sup> Vide Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho.

<sup>(6)</sup> No âmbito da Insolvência vide art. 106.º do Código da Insolvência e da Recuperação das Empresas; no que toca ao contrato-promessa de transmissão de direitos reais de habitação periódica vide arts. 17.º a 19.º do Decreto-Lei 275/93, de 5 de Agosto.

<sup>(7)</sup> Tem sido discutido na doutrina se a coisa entregue como sinal pode ter natu-

dos contraentes entrega<sup>(8)</sup> à contraparte no momento da celebração do contrato (podendo, todavia, ser entregue em momento ulterior), normalmente destinada a comprovar a seriedade do propósito negocial e a actuar como garantia do seu cumprimento ou da indemnização devida no caso do *tradens* incumprir o contrato.

No que tange ao contrato-promessa de compra e venda, o art. 441.º estabelece a presunção de que assume a natureza de sinal toda a «*quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, ainda que a título de antecipação ou princípio de pagamento do preço*». Trata-se, no entanto, de uma presunção *juris tantum* (art. 350.º). Daqui resulta que num contrato-promessa de compra e venda (ou em qualquer outro contrato oneroso aludido no art. 939.º) se presume que toda a quantia pecuniária que o promi-

---

reza infungível. Admitindo implicitamente a constituição de sinal por via da entrega de coisa infungível *vide* CALVÃO DA SILVA, in *Sinal e Contrato-Promessa*, 13.ª ed., 2010, Almedina, p. 102, nota de rodapé n.º 86; considera o Ilustre Autor que não sendo possível a restituição do duplum do que houver recebido restará ao *tradens* «a restituição do valor correspondente, se outro não for o resultado da interpretação negocial». No mesmo sentido *vide* NUNO PINTO OLIVEIRA, in *Ensaio Sobre o Sinal*, Coimbra Editora, 2008, pp. 21-24, «consistindo o sinal numa coisa não fungível, o contraente que entregou o sinal teria a faculdade de exigir a entrega da coisa e do seu valor»; ANA PRATA, in *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Almedina, 1999, pp. 763-764, «Ainda quando as partes nada tenham convencionado quanto ao regime de funcionamento de um sinal constituído por coisa não fungível, ele não deixará por isso de ser possível, ficando então o inadimplente accipiens do sinal, em caso de resolução do contrato (...), obrigado a restituir o bem recebido e o seu valor por interpretação extensiva do regime legal»; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, in *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 1990, p. 164, nota de rodapé 355 (o sinal [...] consiste na entrega [...] de uma coisa [fungível ou não fungível, pois o Código Civil (art. 440.º) — ao contrário do Código Civil italiano, que limita o objecto do sinal a dinheiro ou outras coisas fungíveis (...) — não formula qualquer restrição]; GRAVATO MORAIS in *Contrato-Promessa em Geral, Contratos-Promessa em Especial*, Almedina, 2009, p. 196: «o sinal, na larguíssima maioria dos casos, consiste numa quantia em dinheiro. Mas nada impede, dada a latitude da lei, que possa tratar-se de coisa diferente de dinheiro, fungível ou infungível». Em sentido inverso, apenas admitindo a fungibilidade da coisa entregue como sinal, *vide* LUÍS MENEZES LEITÃO, in *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 233, nota de rodapé 479 (sustenta o Ilustre autor que «apesar de a lei não ter expressamente restringido o sinal às coisas fungíveis, não é manifestamente concebível que ela consista numa coisa infungível, por não fazer sentido, nesse caso, a sanção da sua restituição em dobro»).

(8) O acto de constituição do sinal consiste assim no acto real *quoad constitutio-nem*.

tente-comprador entregue ao promitente-vendedor assume a natureza de sinal.

A doutrina costuma distinguir duas modalidades de sinal: o sinal confirmatório (*arras confirmatórias*) e o sinal penitencial (*arras penitenciais*). Através do sinal confirmatório o *tradens* pretende confirmar o contrato celebrado dando para o exterior um claro indício de que pretende vincular-se e cumprir o contrato celebrado, isto é celebrar o contrato definitivo. Ao invés, por via do sinal penitencial, o contraente que o entregou pretende manter incólume um direito unilateral de retratação ou de arrependimento, pese embora perca o sinal a favor da contraparte. Neste caso o contraente que entregou o sinal, apesar de abrir mão deste a favor da contraparte, tem o direito de se desvincular livremente do contrato celebrado (deixando de estar vinculado à celebração do contrato prometido), do que resulta que, ao abster-se de cumprir o contrato, não está a praticar um acto ilícito.

Na dúvida sobre a qualificação do sinal, deverá o mesmo ser considerado confirmatório, pois o regime regra no nosso ordenamento jurídico é o de que os contratos devem ser pontualmente cumpridos (art. 406.º) — *pacta sunt servanda* — não assistindo às partes o direito de se arrependerem do contrato celebrado revogando-o por sua livre e unilateral vontade. Deste modo, em caso de dúvida deve o sinal ser qualificado como confirmatório, pois as partes contraíram um vínculo do qual nenhuma delas se pode, sem mais, libertar. Em face do exposto, o sinal só deve ser considerado penitencial quando resulte inequivocamente da vontade das partes ou de disposição legal.

O sinal confirmatório tem, assim, duas funções típicas: compulsória e de fixação antecipada (determinação *a forfait*) da indemnização devida em caso de incumprimento do contrato.

Com efeito, o sinal confirmatório assume, em primeira linha, uma natureza coercitiva destinada a compelir as partes ao cumprimento do contrato. Com a entrega do sinal pelo *tradens* fica este consciente da possibilidade da sua perda em caso de incumprimento culposo do contrato. *Mutatis mutandis*, sobre o *accipiens* passa a recair a pressão da restituição do sinal *in duplum* no caso deste incumprir voluntariamente o vínculo contratual.

Simultaneamente, e caso alguma das partes incumpra o contrato, o sinal tem como finalidade a fixação do *quantum respondeatur* ainda que não existam danos efectivos. Desempenha assim o sinal um função específica consistente na prefixação convencional da indemnização devida em caso de incumprimento (definitivo) do contrato-promessa.

### 3. O Incumprimento

Não sendo este o espaço para desenvolver a temática relativa ao incumprimento das obrigações, importa lembrar que o incumprimento imputável ao devedor consiste na falta de realização, por parte deste, da prestação a que se acha adstrito, quando não exista uma causa justificativa para a não realização daquela.

O não cumprimento, quanto aos seus efeitos, comporta duas modalidades essenciais: a mora e o não cumprimento definitivo (para além destas duas modalidades a lei admite uma terceira modalidade de incumprimento quanto aos efeitos consistente no cumprimento defeituoso).

A mora consiste no atraso ou no retardamento no cumprimento da obrigação. Reportada ao contrato-promessa podemos avançar que a mora se traduz na falta de celebração oportuna do contrato prometido por causa imputável ao promitente faltoso (art. 804.º, n.º 2).

Já o incumprimento definitivo do contrato-promessa ocorre, grosso modo, quando a celebração do contrato prometido se tornou impossível ou quando, em virtude da mora, o promitente fiel tenha perdido interesse na celebração do contrato prometido, ou este não tenha sido celebrado no novo prazo razoável concedido pelo promitente fiel (art. 808.º, n.º 1).

O não cumprimento do contrato-promessa encontra-se subordinado à disciplina geral sobre o incumprimento das obrigações. Todavia, encontram-se previstas na lei especificidades a respeito do incumprimento do contrato-promessa que importa analisar. Em concreto, e perante um quadro de incumprimento abrem-se ao pro-

mitente fiel dois caminhos que pressupõem, respectivamente, a mora e o incumprimento definitivo. São eles a execução específica e a resolução do contrato-promessa.

### **3.1. A Execução Específica (art. 830.º)**

#### **3.1.1. Noção**

Preceitua o n.º 1 do art. 830.º que *«se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida»*. Daqui resulta que, caso o promitente ou qualquer um dos promitentes não cumpra pontualmente o contrato-promessa, sendo este, respectivamente, um contrato-promessa unilateral ou bilateral, assiste à contraparte o direito de obter uma sentença que supra a falta de manifestação de vontade do promitente faltoso. Nisto consiste a execução específica, isto é, no poder do promitente fiel em obter do tribunal uma sentença que supra a inércia do promitente faltoso. Deste modo, a sentença que julgue procedente o pedido de execução específica produz exactamente os mesmos efeitos jurídicos que o contrato prometido se destinava a produzir (sentença constitutiva). Esta sentença, proferida em processo declarativo, substitui não só a falta de manifestação de vontade do promitente faltoso como a da contraparte, pelo que possui a mesma eficácia do contrato prometido, mesmo para efeitos de registo, se o contrato-prometido for susceptível de registo. Dito por outras palavras, por via da execução específica o promitente fiel obtém o mesmo efeito jurídico que o cumprimento pontual do contrato-promessa, mesmo contra a vontade do promitente faltoso, sem que tenha que recorrer previamente a uma acção declarativa de condenação e posterior acção executiva. À execução específica do contrato-promessa se refere ANTUNES VARELA apelidando-a de «instrumento judicial maravilhoso de superação da incoercibilidade da vontade negocial do promitente» que «tanto serve para superar a inércia do promi-

tente-vendedor, como para suprir a declaração prometida pelo comprador»<sup>(9)</sup>.

A orientação dominante na doutrina e na jurisprudência considera constituir pressuposto da execução específica a mora do promitente faltoso e não o incumprimento definitivo do contrato.

Nesse sentido pronunciou-se CALVÃO DA SILVA ao afirmar que «a fim de «por ordem» onde parece reinar alguma confusão, importa reter que o pressuposto da chamada execução *específica do contrato-promessa é a mora e não o incumprimento definitivo*»<sup>(10)</sup>.

No mesmo pronunciou-se LUIS MENEZES LEITÃO ao sustentar que para a execução específica é «suficiente a simples mora», para concluir que aquela deixa de ser possível «a partir do momento em que se verifique uma impossibilidade definitiva de cumprimento»<sup>(11)</sup>.

Essa mesma doutrina é firmada por GRAVATO MORAIS para quem «a mora representa uma condição necessária e suficiente para o recurso à execução específica, precludindo tal via o incumprimento definitivo do contrato, dada a sua incompatibilidade com tal mecanismo, sendo que, por outro lado, inexistindo qualquer atraso não se verifica um dos pressupostos da execução específica. Desta sorte, o estado anterior à mora ou a situação a ela posterior não permitem a actuação de tal procedimento»<sup>(12)</sup>.

A jurisprudência tem acolhido maioritariamente esta posição, considerando ser pressuposto bastante para a execução específica a mora do promitente faltoso<sup>(13)</sup>.

JANUÁRIO GOMES pronunciou-se no sentido da execução específica poder ter lugar mesmo numa situação de incumprimento definitivo. Sustenta o Ilustre autor que «se o credor mantiver interesse na prestação, não parece haver justificação plausível que

---

<sup>(9)</sup> *In* RLJ, Ano 128.º, p. 147 (Anotação ao acórdão do STJ de 02/11/1989).

<sup>(10)</sup> *In* Sinal e contrato-promessa, *cit.*, p. 161.

<sup>(11)</sup> *In* Direito das Obrigações, *cit.*, p. 227.

<sup>(12)</sup> *In* Contrato-Promessa em Geral, *cit.*, p. 109.

<sup>(13)</sup> *Vide* acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 04/03/2008, de 19/05/2010, de 09/12/2010; Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 08/05/2006, de 09/05/2007, de 06/03/2008, de 09/10/2012, todos disponíveis *in* <www.dgsi.pt>.

obste ao recurso à execução específica, já que o incumprimento definitivo não determina, por si só, a resolução do contrato»<sup>(14)</sup>.

Da nossa parte cremos que a mora é pressuposto da execução específica não sendo, em princípio, possível recorrer a esta se o promitente faltoso se encontrar numa situação de incumprimento definitivo. Com efeito se, em face do inadimplemento do promitente faltoso, o promitente fiel recorre à execução específica é porque mantém interesse na prestação devida. Destarte, o recurso à execução específica significa que o promitente fiel considera como um simples atraso a violação do contrato por parte do promitente faltoso, mantendo interesse na realização da prestação em dívida. De outra forma, se o promitente fiel não mais tivesse interesse fundado na prestação devida, consideraria o contrato-promessa definitivamente incumprido e declararia a sua resolução.

Descortinamos, no entanto, uma situação em que encontrando-se o promitente faltoso em incumprimento definitivo julgamos ser possível o recurso à execução específica por banda do promitente fiel. Referimo-nos à declaração antecipada, firme e categórica, do promitente faltoso de que não irá ou não poderá cumprir o contrato-promessa. Esta recusa de cumprir, que não carece de ser reduzida a escrito ou ser expressa, podendo ser tácita (art. 217.º), tem sido equiparada ao incumprimento definitivo imputável ao devedor, não sendo necessário que este se encontre em mora ou, caso se verifique esta, que haja lugar a uma interpelação admonitória do devedor visando o cumprimento, dada a sua inutilidade prática (art. 808.º). Na verdade, no caso desta declaração de não querer ou não poder cumprir se revelar pela sua natureza certa, séria e segura, configura uma situação de incumprimento definitivo, sendo desnecessário e até inútil forçar o promitente fiel a recorrer à interpelação admonitória para converter a mora em incumprimento definitivo. Nesta hipótese, e apesar do promitente faltoso se encontrar numa situação de incumprimento definitivo, poderá ainda o promitente fiel ter interesse na realização da prestação devida, pelo que não vislumbramos que interesses jurídica-

---

<sup>(14)</sup> *In Em Tema de Contrato-Promessa*, 1990, p. 17.

mente relevantes poderão obstaculizar o recurso à execução específica, desde que esta seja possível, por parte daquele promitente. Assistirá, assim, ao promitente fiel o direito de recorrer à execução específica ou, em alternativa, optar pela resolução do contrato, assim se desvinculando do contrato, sem ter que recorrer previamente ao estatuído no art. 808.º<sup>(15)</sup>.

Importa, por fim, referir que o recurso à execução específica não obsta a que o promitente fiel seja indemnizado pelos danos decorrentes da mora, pois nenhuma razão juridicamente relevante existe para fixar um regime especial distinto do regime geral do incumprimento temporário da obrigação (art. 804.º).

### 3.1.2. Convenção em contrário à execução específica (art. 830.º, n.º 2)

Como resulta na norma contida no n.º 1 da citada disposição legal, o promitente fiel apenas poderá recorrer à execução específica caso não haja «*convenção em contrário*» ou, caso «*a natureza da obrigação assumida*» não se oponha à mesma.

---

<sup>(15)</sup> Vide nesse sentido BRANDÃO PROENÇA, in *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*, Coimbra, 1987, p. 115. Ensina o Ilustre autor: «dissemos, na altura, que a execução específica surge como prima ratio e que a pretensão em que ela assenta pressupõe naturalmente a mora no cumprimento da promessa ou um incumprimento definitivo na forma de recusa categórica e inequívoca. A resolução ... é, assim, um *ultimum subsidium* ou um remédio excepcional, ligado como está, em regra, ao incumprimento definitivo e à impossibilidade de cumprimento (por violação ou não do contrato), com um escopo essencialmente liberatório e de exercício pelo contraente legitimado». Sobre a possibilidade da resolução infundada do contrato-promessa poder ser equiparada a uma recusa antecipada, séria e categórica, de cumprimento vide RAÚL GUICHARD e SOFIA PAIS in *Direito e Justiça*, 2000, I, p. 316: “Contrato-promessa: recusa ilegítima e recusa terminante de cumprir; mora como fundamento de resolução; perda de interesse do credor na prestação; desvinculação com fundamento em justa causa; concurso de culpas no incumprimento; redução da indemnização pelo sinal”. Na jurisprudência vide acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/09/2013 (564/11.3TVLSB.L1.S1) segundo o qual «No caso de resolução ilícita de contrato-promessa só se deve falar em recusa de cumprimento definitivo quando de todo o circunstancialismo da declaração de resolução se puder concluir, de acordo com as regras da experiência comum, por uma recusa definitiva, firme, categórica de cumprimento por parte do promitente autor da declaração de resolução ilícita».

No que respeita à primeira hipótese — «*convenção em contrário*» à execução específica —, admite-se pois que as partes convenionem excluir o recurso à execução específica, pelo que esta apenas terá lugar se as partes não a afastarem, o que confere natureza supletiva à citada norma. Não se torna, porém, necessário que as partes manifestem expressamente a sua vontade no sentido de afastar a aplicação das regras da execução específica. Com efeito, estipula o n.º 2 do art. 830.º entender-se existir convenção em contrário, assim se afastando a execução específica, a existência de sinal ou de cláusula penal para a hipótese de incumprimento da promessa. Como é consabido, o sinal assume uma função análoga à da pena convencional: tal como esta, fixa, em princípio, o montante da indemnização, diferindo da pena convencional pelo facto de ser entregue previamente. Nestes casos — *existência de sinal ou de cláusula penal* — presume-se ter sido vontade das partes que a única consequência do incumprimento do contrato-promessa fosse determinada apenas com base no recurso à aplicação das regras relativas ao sinal ou à cláusula penal. No fundo seria como que um preço que o promitente faltoso pagaria em consequência do seu incumprimento (ainda que ilegítimo), e da inerente desvinculação do contrato-promessa.

Estamos, porém, em face de uma presunção ilidível — *juris tantum* — (art. 350.º), pelo que nada impede que as partes, mesmo num contrato-promessa sinalizado ou com cláusula penal, convenionem expressamente manter em aberto a possibilidade de recurso à execução específica para o caso de incumprimento da promessa. Nesse caso diremos que as partes ilidiram a presunção constante do n.º 2 do art. 830.º do que resulta que, apesar de estarmos em face de um contrato-promessa com sinal ou cláusula penal, será sempre possível ao promitente fiel recorrer à execução específica<sup>(16)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> Nesse sentido, *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/12/2006 (proc. n.º 06B3805) do qual se reproduz parte do seu sumário: «II — Exceptuada a hipótese regulada no n.º 3 daquele mesmo art. 830.º, em que se instituiu regime especial relativo a edifícios, foi, no entanto, deixado na disponibilidade das partes o afastamento do predito regime geral por convenção das partes nesse sentido, prevista no inciso "na falta de

Para além da expressa ilisão à renúncia à execução específica supra referida, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a sustentar que a “*traditio rei*” da coisa objecto mediato do contrato prometido, bem como o pagamento da totalidade do preço (ou de parte substancial deste) actuam, também, como mecanismos de ilisão da presunção constante do n.º 2 do art. 830.º. Deste modo, a tradição do bem prometido vender, mesmo que exista sinal ou pena convencional, permite ao promitente fiel (no caso promitente-comprador) recorrer à execução específica. Este entendimento baseia-se no facto da “*traditio rei*” provocar um forte indício e uma legítima expectativa na confiança do promitente fiel no sentido de que as partes pretendem cumprir o contrato-promessa, pelo que, nesta hipótese, deverá ser possível o recurso à execução específica em caso de incumprimento, dando-se assim por ilidida a presunção constante do n.º 2 do art. 830.º<sup>(17)</sup>.

### 3.1.3. A natureza da obrigação assumida

Conforme vai supra referido, o n.º 1 “*in fine*” do art. 830.º também exclui o recurso à execução específica caso «*a natureza da obrigação assumida*» se oponha à mesma.

---

convenção em contrário” constante do n.º 1. III — Nesse particular, a lei vai, até, mais longe, dado que, na conformidade do n.º 2 do falado art. 830.º, a existência de sinal ou a fixação de pena para o caso de não cumprimento importa presunção relativa — *iuris tantum* — de convenção em contrário, que, consoante art. 350.º, n.º 2, CC, só poderá ser afastada ou ilidida por prova do contrário. IV — Com efeito, nos termos da lei, a existência de sinal faz presumir que as partes previram — e quiseram, mesmo, reservar — a possibilidade de não cumprimento da promessa, sujeitando-se, embora, à sanção por elas próprias estabelecida, de harmonia com o disposto no art. 442.º, n.ºs 2 e 4, CC».

<sup>(17)</sup> Na doutrina vide BRANDÃO PROENÇA *in Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*, cit., pp. 29 a 53 e GRAVATO MORAIS, *in Contrato-Promessa em Geral*, cit., pp. 114 e 115. Na jurisprudência vide acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20/01/2005 (proc. n.º 0437000) «A tradição da coisa (verdadeira antecipação dos efeitos do contrato prometido), tal como o pagamento da totalidade do preço, devem ser considerados como factores (ou forte expectativa), de estabilização do negócio e, como tal, elementos determinantes de admissão da execução específica, elidindo, assim a presunção contida no art. 830.º, n.º 2 do Cód. Civil».

Estamos perante contratos-promessa que, quer pela natureza dos interesses em jogo quer pela própria natureza da sentença a proferir, não se coadunam com a realização coactiva da prestação debitória.

É o que sucede nos contratos-promessa em que a obrigação assumida tem carácter pessoal (ou infungível) como acontece nas promessas de prestação de serviços (por ex. promessa de empreitada) ou no contrato-promessa de trabalho, pois a natureza *intuitu personae* da prestação debitória não é conciliável com a sua realização coactiva, ainda que, nesse caso, o promitente faltoso possa incorrer em responsabilidade contratual.

*Mutatis mutandis* quanto aos contratos reais «*quoad constitutionem*», como será o caso dos contratos-promessa de depósito, de penhor civil, de comodato ou de mútuo civil, na medida em que, sendo estes contratos reais, a sua celebração não depende apenas da emissão de uma declaração de vontade por parte dos contraentes mas também da prática de um acto material consistente na entrega de uma coisa.

Do mesmo modo, faltando a licença de utilização quando a lei obriga à sua existência, também a execução específica não pode ser declarada, pois doutra forma estaríamos a admitir, por via judicial, a celebração do contrato prometido quando a lei não o consente<sup>(18)</sup>.

A execução específica fica igualmente inviabilizada se, estando o contrato-promessa apenas dotado de eficácia obrigacional, o promitente-vendedor aliena previamente a coisa objecto do contrato prometido a terceiro (que procede ao imediato registo da aquisição do bem, estando este sujeito a registo). Pois aqui, a sentença que decretasse a execução específica do contrato estaria a promover a venda de uma coisa alheia. Restará pois ao promitente fiel declarar a resolução do contrato-promessa e exigir do promitente faltoso o pagamento duma indemnização calculada nos termos que adiante serão analisados.

---

<sup>(18)</sup> Vide nesse sentido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/11/2007 (proc. 07A3707) «a falta de licença de habitabilidade importa a impossibilidade de execução específica».

Já não será assim, porém, se o contrato-promessa se encontrar dotado de eficácia real estando registado nos termos previstos na norma do n.º 1 do art. 413.º. Neste caso, mesmo que o promitente-vendedor tenha disposto a favor de terceiro do bem objecto do contrato prometido, deve entender-se que a atribuição de eficácia real permite sempre recorrer à execução específica (ainda que estejamos em face de um contrato-promessa no qual as partes convencionaram sinal ou cláusula penal).

Para além das situações supra descritas, é válido o contrato-promessa de compra e venda de coisa alheia (art. 892.º), bem como o contrato-promessa relativo à alienação de imóveis próprios ou comuns, quando vigore entre os cônjuges um dos regimes da comunhão, ainda que falte o consentimento de um dos cônjuges (art. 1682.º-A), pois em ambos os casos o promitente não transmite a propriedade, apenas se obrigando a uma alienação em si mesma possível. Sempre se dirá, porém, que, também nestas situações, torna-se impraticável a execução específica pois não cabe ao Tribunal substituir o terceiro ou o cônjuge do promitente que não interveio no contrato-promessa<sup>(19)</sup>. Restará assim ao promitente fiel declarar a resolução do contrato e optar pelo mecanismo indemnizatório.

### 3.1.4. Os contratos-promessa a que se refere o art. 410.º, n.º 3 (art. 830.º, n.º 3)

Preceitua o n.º 3 do art. 830.º que o direito à execução específica não pode ser afastado pelas partes nas promessas respeitantes a contratos onerosos de transmissão ou constituição de direitos reais sobre edifícios, ou suas fracções autónomas, já construídos, em construção ou a construir. Trata-se aqui de uma norma imperativa, não podendo ser afastada pela vontade das partes, sendo, por essa razão, nula a cláusula que exclua a execução específica. Destarte, neste tipo de contratos-promessa, mesmo existindo sinal ou

---

<sup>(19)</sup> Vide nesse sentido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/11/2007 (proc. 07A3707).

cláusula penal, assistirá sempre ao promitente fiel o direito (potestativo) de execução específica. Pretendeu o legislador tutelar a posição do promitente mais fragilizado, habitualmente o promitente-comprador de uma unidade habitacional, sendo de salientar, porém, que, os termos amplos em que a norma se encontra redigida, permite interpretá-la no sentido de se aplicar a qualquer edifício independentemente do seu fim.

Com vista a restabelecer o equilíbrio entre as posições dos promitentes, estabelece a segunda parte do n.º 3 do art. 830.º que «*a requerimento do faltoso, porém, a sentença que produza os efeitos da declaração negocial pode ordenar a modificação do contrato nos termos do art. 437.º, ainda que a alteração das circunstâncias seja posterior à mora*». Naturalmente que o regime geral da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias, disciplinado nos arts. 437.º a 439.º, se aplica a qualquer contrato-promessa<sup>(20)</sup>. A especificidade em sede de execução específica assenta no facto do promitente faltoso poder requerer a modificação do contrato-promessa<sup>(21)</sup> com base na alteração anormal das circunstâncias, mesmo no caso deste se encontrar em mora, o que representa um claro desvio à norma prevista no art. 438.º. Permitindo a Lei a modificação do contrato-promessa a pedido do promitente faltoso, quando este se encontre em mora, deverá o Tribunal actuar de forma prudente recorrendo aos princípios da boa fé de forma a evitar soluções injustas para o promitente fiel.

Em termos estritamente adjectivos, o pedido de modificação do contrato, representando uma pretensão autónoma do promitente faltoso, deve ser deduzido em sede reconvenicional.

Sucedem frequentes vezes as partes convencionarem que a transmissão do edifício ou fracção autónoma dele é feita livre de ónus e encargos, encontrando-se, porém, o edifício ou a fracção

---

<sup>(20)</sup> Sobre esta temática considera acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/01/2014 (Proc. n.º 1117/10.9TVLSB.P1.S1), com o qual concordamos, que a diminuição do poder de compra dos promitentes-compradores e a situação de desemprego em que um deles se encontra não constitui fundamento para modificar o contrato por alteração das circunstâncias.

<sup>(21)</sup> Mas já não a resolução do contrato por esta ser incompatível com a execução específica.

autónoma onerados com uma hipoteca, a qual subsiste após a alienação. Neste caso, assistindo ao promitente fiel adquirente o direito de expurgar a hipoteca, nos termos previstos no art. 721.º, atribui-lhe o n.º 4 do art. 830.º a faculdade de pedir, na acção destinada a obter a execução específica, a condenação do promitente faltoso a entregar-lhe o montante do débito garantido, ou o valor correspondente à fracção do edifício e dos respectivos juros vencidos e vincendos<sup>(22)</sup>.

### 3.1.5. O depósito do preço

No caso do contrato prometido admitir ao promitente faltoso invocar a excepção do não cumprimento, preceitua o n.º 5 do art. 830.º que a acção improcede, se o promitente fiel não consignar em depósito a sua prestação no prazo que lhe for fixado pelo Tribunal. Assim, e a título de exemplo, num contrato-promessa de compra e venda a acção de execução específica não procederá no caso do promitente-comprador, autor da acção, não consignar em depósito o preço convencionado em falta no prazo estipulado pelo Tribunal.

Alguma doutrina<sup>(23)</sup> tem entendido que a consignação em depósito do preço não actua como um pressuposto para a apreciação do mérito da acção de execução específica. Dito por outras palavras, a falta de consignação em depósito do preço não provoca a improcedência liminar da acção de execução específica. Esta orientação justifica-se no facto da excepção do não cumprimento não ser de conhecimento oficioso, pelo que carece de ser invocada

---

<sup>(22)</sup> Merece destaque, a esse respeito, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18/06/2008 (proc. 0821410) cujo sumário se transcreve: «Tendo sido transmitido ao autor, através de execução específica, o direito de propriedade sobre duas fracções autónomas — que, apesar de prometidas vender livres de ónus e encargos, estão oneradas com hipotecas — e não tendo ele usado da faculdade conferida pelo art. 830.º, n.º 4 do CC, apenas pode requerer, por sua conta e risco, a expurgação das hipotecas e, de seguida, por sub-rogação, exercer o seu direito sobre o devedor liberado. Não o tendo feito, não pode arrogar-se a uma prestação futura deste, reclamando-lhe o pagamento em substituição do credor hipotecário».

<sup>(23)</sup> Vide ALMEIDA COSTA, in *Contrato-Promessa — Uma Síntese do Regime Vigente*, cit., pp. 60 a 63.

pelo promitente faltoso na sua contestação. Destarte, só após o Tribunal apreciar a exceção do não cumprimento e caso esta proceda deverá então, na decisão final que decrete a execução específica, o Tribunal fixar um prazo para que o requerente proceda à consignação em depósito do preço. O que significa que, caso o requerente da execução específica, não consigne em depósito o preço em falta — *o preço ainda em dívida* — dentro do prazo fixado na sentença, a acção improcederá.

Estaria, assim, a procedência da execução específica dependente do pagamento ou consignação em depósito do preço no prazo fixado pela sentença, cujo “*dies a quo*” ocorreria no dia do trânsito em julgado daquela decisão final. Dito por outras palavras, estaríamos em face de uma sentença sob condição.

É, todavia, possível sustentar entendimento diverso, porventura mais ajustado ao sentido e alcance decisivos na norma. Com efeito, parte da doutrina<sup>(24)</sup> tem vindo a considerar que a consignação em depósito deverá ser realizada antes de proferida a sentença que decrete a execução específica. Para o efeito, justifica tal entendimento com o facto da sentença constitutiva ter como efeitos naturais a transmissão da propriedade do bem objecto do contrato prometido e a sua entrega contra o pagamento do preço. E, para evitar o risco da transferência da propriedade não ser acompanhada do pagamento do preço, com prejuízo para o promitente-vendedor, a consignação em depósito actuaria como um pressuposto para a apreciação do mérito e procedência da acção de execução específica. Deste modo, caso o promitente-vendedor invoque na sua contestação a “*exceptio non adimpleti contractus*”, a acção improcede se o promitente-comprador não consignar em depósito, dentro do prazo que lhe for fixado pelo Tribunal, o preço em falta. Daqui decorre que, para ser decretada a execução específica, deverá a consignação em depósito ser previamente realizada. De outro modo, a sentença que julgasse procedente a acção de execução específica seria decretada sob condição do depósito ser realizado posteriormente, em prazo a fixar pela sentença.

---

(24) Vide CALVÃO DA SILVA, in *Sinal e contrato-promessa*, cit., pp. 180 a 183.

Do que acaba de se expor resulta que, caso não seja realizado o pagamento ou o depósito do preço dentro do prazo fixado pelo Tribunal, deverá ser julgada improcedente a acção de execução específica sem necessidade de apreciação do mérito da causa. Com efeito a apreciação do mérito da causa ficaria prejudicada por se tornar inútil tendo em conta a inexorável improcedência da acção decorrente da falta do depósito do preço.

Embora compreendendo as razões subjacentes à posição doutrinária referida em primeiro lugar, propendemos para esta última orientação por a considerarmos mais consentânea quer com a letra quer com os interesses que a lei pretendeu acolher.

De “*jure condendo*” entendemos, porém, que a consignação em depósito deverá poder ser substituída por uma garantia bancária “*on first demand*” ou garantia equivalente, evitando desse modo a necessidade do promitente-comprador ter que dispor do valor do preço em falta por período de tempo que se pode revelar longo.

### **3.2. O registo da acção de execução específica e a transmissão a terceiro do bem objecto do contrato prometido**

Preceitua o art. 3.º, n.º 1, al. *a*) do Código do Registo Predial (CRP) que estão sujeitas a registo «as acções que tenham por fim, principal ou acessório, o reconhecimento, a constituição, a modificação ou a extinção de algum dos direitos referidos no artigo anterior». Dispõe, por sua vez, o art. 2.º, n.º 1, al. *a*) do mesmo código que estão sujeitos a registo «os factos jurídicos que determinem a constituição, o reconhecimento, a aquisição ou a modificação dos direitos de propriedade». Decorre destes preceitos legais que a acção de execução específica está sujeita a registo quando tenha por objecto a celebração de um contrato prometido registável — por ex. a compra e venda de imóveis<sup>(25)</sup>. O registo da acção de exe-

---

(25) Vide OLIVEIRA ASCENSÃO e PAULA COSTA E SILVA os quais sustentam que «...deverão ter-se por sujeitos a registo quaisquer factos (entre eles se contando as acções judiciais, bem como as respectivas decisões finais com trânsito em julgado) que produzam

cução específica é, nos termos do art. 92.º n.º 1 al. a) do CRP, provisório por natureza. Importa ainda reter a norma do art. 6.º, n.º 3 do CRP a qual estabelece que «o registo convertido em definitivo conserva a prioridade que tinha como provisório». Por seu turno a sentença que decreta a execução específica do contrato-promessa está, igualmente, sujeita a registo (art. 3.º, n.º 1, al. c) do CRP).

Da conjugação destas regras resulta que a alienação feita a terceiro do bem prometido vender por parte do promitente-vendedor na pendência da acção de execução específica registada e, posteriormente, decretada é inoponível ao promitente-comprador, autor da acção. Com efeito, a sentença que decreta a execução específica tem como efeito a transmissão do direito de propriedade do bem objecto do contrato prometido desde a data do registo da acção, pelo que a alienação feita a terceiro na pendência da acção configuraria uma venda de uma coisa alheia (art. 892.º)<sup>(26)</sup>. Sobre esta temática pronunciou-se ALMEIDA COSTA para quem «em tais situações, por força dos princípios registais, a sentença que decreta a execução específica prevalece sobre a alienação, feita a terceiro, depois do registo da acção, quer essa alienação se encontre ou não registada»<sup>(27)</sup>.

Questão diferente, e cuja apreciação já não se revela pacífica, ocorre quando após a celebração do contrato promessa com eficácia meramente obrigacional, o promitente-vendedor aliena a coisa a terceiro que não regista de imediato a aquisição, sendo posteriormente proposta a acção de execução específica na qual o autor (promitente-comprador) procede ao seu registo.

---

efeitos reais, já que o registo visa acautelar todos os efeitos reais que se produzam sobre determinados direitos», in *Alienação a terceiro de prédio objecto de contrato-promessa e registo da acção de execução específica — Anotação ao Acórdão de Supremo Tribunal de Justiça de 08 de Maio de 1991*, “Revista da Ordem dos Advogados”, 1992, Vol. I, p. 204.

<sup>(26)</sup> Vide nesse sentido GRAVATO MORAIS, in *Contrato-Promessa em Geral*, cit., p. 131.

<sup>(27)</sup> In ob. cit., pp. 66 e 67. Vide nesse sentido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/05/2005 (proc. 05B743) «Cabendo registo da sentença transitada em julgado que, através da execução específica, concretiza um negócio registável (por ex., a venda de um prédio), esse registo pode ser precedido do registo provisório da acção correspondente: em tais situações, por força dos princípios registrais, a sentença que determina a execução específica prevalece sobre uma alienação, feita a terceiro, depois do registo da acção, quer essa alienação se encontre ou não registada».

Duas teses têm sido avançadas: uma que não admite a possibilidade de execução específica conferindo protecção ao terceiro adquirente; outra, que admite a possibilidade de execução específica apesar do bem objecto do contrato prometido ter sido previamente transmitido a terceiro (que não registou a aquisição) dando prevalência ao direito do promitente-comprador.

Sobre esta temática, e a favor da primeira tese, pronunciou-se ALMEIDA COSTA considerando que «... o registo da acção não confere ao autor o direito à execução específica na hipótese de, antes daquele registo, a coisa ter sido alienada a terceiro, mesmo que este não haja inscrito o negócio aquisitivo no registo. É que o registo da acção apenas amplia os efeitos da respectiva sentença, tornando-se eficaz, não só entre as partes, mas também relativamente a terceiros que tenham adquirido direitos sobre a coisa na pendência do pleito ... A proposição de uma acção e o seu registo nunca modificam a natureza do direito que o autor invoca. De outro modo, criar-se-ia, com a inobservância dos requisitos do referido art. 413.º, uma segunda via de atribuição de eficácia «*erga omnes*» ao direito de crédito à realização do contrato prometido, que é titular o beneficiário da promessa»<sup>(28)</sup>.

Acolhendo essa posição vai a doutrina firmada por LUÍS MENEZES LEITÃO segundo a qual outro entendimento “equivalaria a atribuir eficácia real a todos os contratos-promessa sujeitos a execução específica em que a acção fosse registada, derogando expressamente o regime do art. 413.º»<sup>(29)</sup>.

A mesma orientação é aceite por BRANDÃO PROENÇA, ensinando o Ilustre autor que «face ao regime vigente, não nos parece possível que um promitente, mesmo de boa fé, possa lucrar substancialmente com o eventual esquecimento temporário do adquirente, fazendo com prontidão o registo (provisório) da acção de execução específica»<sup>(30)</sup>.

Em sentido oposto, pugnando pela tese que confere prevalência ao direito do promitente-comprador — segunda tese —, vai a

---

<sup>(28)</sup> *In Contrato-Promessa — Uma Síntese do Regime Vigente, cit.*, p. 67.

<sup>(29)</sup> *In Direito das Obrigações, cit.*, p. 228.

<sup>(30)</sup> *In* «Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional)», *in Cadernos de Direito Privado*, n.º 22, p. 6.

doutrina firmada por CALVÃO DA SILVA para quem «se é certo que o promitente-comprador adquire a propriedade da coisa (só) com a sentença constitutiva, de eficácia *ex nunc*, certo igualmente que a oponibilidade a terceiros (art. 5.º do Código do Registo Predial) da mesma sentença — facto sujeito a registo — opera desde a data do registo da acção. E assim, *a anterioridade do registo da acção de execução específica torna inoponíveis ao autor registos ulteriores de aquisições realizadas antes ou depois*»<sup>(31)</sup>.

Também se pronunciaram nesse sentido OLIVEIRA ASCENSÃO e PAULA COSTA E SILVA para quem «a transferência para terceiro, que só regista após ter sido promovido o registo da acção, não impede a procedência do pedido»<sup>(32)</sup>. Concluindo «De todo o exposto decorre que não sendo oponível ao promitente-comprador o facto — a transmissão para terceiro — de que resultaria a impossibilidade de o tribunal decretar a execução específica do contrato promessa, nada se oporia à procedência do pedido nos presentes autos»<sup>(33)</sup>.

GRAVATO MORAIS partilha da tese que admite a execução específica, assim conferindo protecção ao direito do promitente-comprador. Para o Ilustre Autor «...está em causa o registo da decisão que opera a transferência da propriedade, subsequente ao registo (provisório) da acção de execução específica. Tais actos conferem publicidade ao direito do promitente-comprador. E é justamente por via deste duplo registo e do sucesso da acção que a tutela é concedida. Na outra situação, há uma mera alienação da coisa, ainda não registada ou, dito de outro modo, imprudentemente não registada»<sup>(34)</sup>.

Sobre esta temática também se pronunciou a jurisprudência tendo o Supremo Tribunal de Justiça, por acórdão uniformizador de jurisprudência de 05/11/1998, firmado a seguinte doutrina:

*«A execução específica do contrato-promessa sem eficácia real, nos termos do art. 830.º do Código Civil, não é admitida no caso de impossibilidade de cumprimento por o promitente-vendedor haver*

<sup>(31)</sup> *In Sinal e contrato-promessa, cit.*, pp. 176 e 177.

<sup>(32)</sup> *In Alienação a terceiro de prédio objecto de contrato-promessa, cit.*, p. 210.

<sup>(33)</sup> *Op. cit.*, p. 212.

<sup>(34)</sup> *In Contrato-Promessa em Geral, cit.*, p. 137.

*transmitido o seu direito real sobre a coisa objecto do contrato prometido antes de registada a acção de execução específica, ainda que o terceiro adquirente não haja obtido o registo da aquisição antes do registo da acção; o registo da acção não confere eficácia real à promessa»<sup>(35)</sup>.*

Concordamos, sem prejuízo da bondade científica da doutrina que pugna pelo entendimento diverso, com a orientação seguida pelo acórdão citado, e assim com a primeira das teses enunciadas. Com efeito, ao transmitir previamente a terceiro a propriedade do bem prometido vender, o promitente-vendedor colocou-se numa situação de impossibilidade culposa de cumprimento superveniente (art. 801.º), pelo que não será possível transmitir uma segunda vez o mesmo bem. Não se compreenderia que não sendo possível ao promitente-vendedor cumprir a promessa, pois estaria a vender coisa alheia, pudesse o Estado suprir a falta de declaração de vontade do promitente-vendedor e concretizar um negócio que aquele tornou impossível de cumprir.

É certo que estamos em face de um bem sujeito a registo, pelo que se torna necessário convocar as respectivas regras. Porém, estamos em face de um contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional pelo que o direito do promitente-comprador é um direito de crédito, o qual não perde essa natureza com a propositura da acção de execução específica e o respectivo registo. Não é pois aplicável ao caso em análise o art. 5.º do CRP já que inexistente

---

<sup>(35)</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/11/1998 (proc. n.º 086931); no mesmo sentido pronunciou-se o Tribunal da Relação de Coimbra, no seu acórdão de 23/04/2013 (proc. n.º 144/11.3TBFCR.C1) cujo sumário se transcreve: «III. O registo da sentença que decreta a execução específica retroage à data do registo da própria acção, sendo-lhe inoponíveis os registos de aquisições de terceiros posteriores ao registo da acção, evitando-se, assim, o facto de, intentada uma acção de execução específica, o réu poder neutralizar a decisão do tribunal apressando-se a vender o bem a terceiro. IV. Mas, a execução específica do contrato-promessa sem eficácia real, nos termos do art. 830.º do Código Civil, não é admitida no caso de impossibilidade de cumprimento por o promitente-vendedor haver transmitido o seu direito real sobre a coisa objecto do contrato prometido antes de registada a acção de execução específica ainda que o terceiro adquirente não haja obtido o registo da aquisição antes do registo da acção — nesta situação, o registo da acção não confere eficácia real à promessa».

qualquer conflito entre titulares de direitos reais, pois não estamos em face da venda sucessiva da mesma coisa a pessoas diferentes (art. 408.º). Existe sim um conflito entre um direito de crédito do promitente-comprador e um direito real do terceiro adquirente do bem prometido vender. Como salienta o acórdão uniformizador de jurisprudência citado *«um tal conflito não pode deixar de ser resolvido dando prevalência ao direito real do terceiro sobre a coisa, com sacrifício do direito de crédito do promitente comprador decepcionado à prestação dessa mesma coisa pelo promitente faltoso, dado que este direito é ineficaz em relação a terceiro»*<sup>(36)</sup>. De outro modo estaríamos a atribuir eficácia *«erga omnes»* ao direito de crédito do promitente-comprador, sem que fossem observados os requisitos do art. 413.º.

Parece-nos, em conclusão, que não podendo o promitente-vendedor faltoso transmitir coisa que já lhe não pertence, o facto do terceiro adquirente se haver esquecido de registar a aquisição da propriedade sobre a coisa, não afasta a possibilidade desta aquisição ser oponible ao promitente-comprador que, posteriormente à venda a terceiro, propôs contra o promitente-vendedor acção de execução específica e procedeu ao imediato registo (provisório) desta.

### 3.3. A execução específica e embargos de terceiro

Distinta da temática apreciada no número anterior, é aquela em que já na pendência da acção de execução específica provisoriamente registada, o bem prometido vender é penhorado por um terceiro/exequente no âmbito de uma execução requerida contra o promitente-vendedor/executado. Questiona-se se ao promitente-comprador, autor da acção execução específica, é permitido defender a sua posição por via de embargos de terceiro.

Preceitua o n.º 1 do art. 342.º do Código de Processo Civil<sup>(37)</sup>: «Se a penhora, ou qualquer acto judicialmente ordenado de apreên-

---

<sup>(36)</sup> *In Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/11/1998 (proc. n.º 086931).*

<sup>(37)</sup> Aprovado pela Lei n.º 41/2013 de 26 de Junho.

são ou entrega de bens, ofender a posse ou *qualquer direito incompatível* com a realização do âmbito da diligência, de que seja titular quem não é parte na causa, pode o lesado fazê-lo valer, deduzindo embargos de terceiro».

Como é consabido, os embargos de terceiro deixaram de estar associados à ideia de defesa da posse do embargante, como sucedia na vigência do art. 1037.º do Código de Processo Civil na redacção anterior à reforma de 1995.

Para analisar esta temática impõe-se distinguir se estamos, ou não, em face de um contrato-promessa com eficácia meramente obrigacional ou com eficácia real.

Na primeira hipótese, e como vai acima referido, caso a acção de execução específica seja julgada procedente a sentença que a decreta, após o seu registo, retroage os seus efeitos à data do registo provisório da acção de execução específica (art. 6.º do Código do Registo Predial). Quer isto significar que a sentença registada que decreta a execução específica do contrato-promessa é, em consequência da prioridade que lhe é conferida pelas regras do registo, oponível a terceiros desde a data do registo provisório da acção. Dito por outras palavras, a penhora realizada e registada na pendência da acção de execução específica (provisoriamente registada) não poderá afectar o direito (creditório) do promitente-comprador. Deste modo, poderá o promitente-comprador, sob a égide do preceituado no art. 342.º do Código de Processo Civil, reagir contra a penhora posterior através da dedução de embargos de terceiro<sup>(38)</sup>. Naturalmente que o êxito dos embargos de terceiro está dependente do resultado final que vier a ser decretado na acção de execução específica.

Na hipótese do contrato-promessa estar dotado de eficácia real, o promitente-comprador é, desde o registo do contrato, titular de um direito de crédito oponível «*erga omnes*», pelo que lhe assiste o direito de reagir por via dos embargos de terceiro contra a penhora realizada posteriormente do bem objecto do contrato prometido<sup>(39)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Nesse sentido, vide CALVÃO DA SILVA, in *Sinal e contrato-promessa*, cit., pp. 187 a 189.

<sup>(39)</sup> Vide, quanto a esta matéria MIGUEL MESQUITA, in *Apreensão em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2.ª ed. revista e aumentada, Almedina, 2001, pp. 187

Em ambas as situações o desfecho final dos embargos de terceiro depende da procedência (ou improcedência) da acção de execução específica, pelo que esta acção assume natureza prejudicial relativamente ao incidente de embargos de terceiro. Neste caso, deve o tribunal ordenar a suspensão da instância executiva (art. 272.º do Código de Processo Civil) no que toca ao julgamento da opposição à penhora por via dos embargos de terceiro.

#### 4. O art. 442.º do Código Civil

Como vai acima referido, a opção pela execução específica pressupõe que o promitente faltoso se encontre em mora (salvo ocorrendo uma recusa categórica e definitiva de cumprimento). Já a resolução do contrato pressupõe o incumprimento definitivo do contrato-promessa, assistindo, em consequência, ao promitente não faltoso o direito de extinguir o contrato e (existindo sinal) exigir a indemnização prevista no n.º 2 do art. 442.º. Isto é, as sanções previstas no n.º 2 do art. 442.º têm como pressuposto a existência de incumprimento definitivo do contrato-promessa, pelo que o mecanismo sancionatório previsto na citada norma só deverá ser aplicado em caso de incumprimento definitivo e não na hipótese de simples mora<sup>(40)</sup>. A confirmar este entendimento está o direito de

---

e 188. Escreve o autor: «Diferente será o caso em que ao contrato-promessa se atribuiu eficácia real. Aqui, o promitente-comprador tem, desde o registo do contrato-promessa, um direito que não pode ser inviabilizado por qualquer alienação ou oneração da coisa. É, em poucas palavras, titular de um direito (creditório) oponível a terceiros e que poderá efectivar-se pela via da execução específica. Este direito é, por si só, oponível erga omnes, não estando esta oponibilidade dependente do exercício de uma acção de execução específica. Logo, o direito decorrente de um contrato-promessa dotado de eficácia real deve considerar-se, para efeitos de dedução de embargos de terceiro, incompatível com a efectivação sobre a coisa, objecto do contrato prometido, de uma penhora».

<sup>(40)</sup> Vide, a título de exemplo, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/01/2012 (Proc. n.º 25/09TBVCT.G1.S1). «Segundo doutrina e jurisprudência, hoje, quase uniformes, só o incumprimento definitivo justifica a resolução do contrato-promessa bem como a exigência do sinal em dobro ou a perda do sinal passado, pois a simples mora não pode ter tal consequência.»; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/07/2011

retenção previsto na alínea *f*) do n.º 1 do art. 755.º, o qual actua como garantia «*pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art. 442.º*». Com efeito, encontrando-se o promitente faltoso, que obteve a tradição da coisa, em mora, não tem que restituir essa mesma coisa. O direito de retenção, enquanto direito real de garantia do crédito resultante do incumprimento do contrato, apenas tem sentido após a extinção do contrato por resolução, situação que implica o vencimento da obrigação pós-contratual de restituição da coisa objecto do contrato prometido. Ora essa obrigação de restituição implica a prévia resolução do contrato-promessa decorrente do incumprimento definitivo do mesmo.

Antes de analisarmos a temática relativa à articulação do incumprimento definitivo do contrato-promessa com o art. 442.º, importa ter presente que esta disposição legal consagra o regime geral do sinal aplicável a todos os contratos e não apenas ao contrato-promessa. É, por essa razão, pouco compreensível, do ponto de vista da técnica legislativa, que o legislador regulamente a disciplina do sinal destinada a todos os contratos nos ns.º 1, primeira parte do n.º 2 e no n.º 4 do art. 442.º e subitamente altere a agulha e dedique a segunda parte do n.º 2 e o n.º 3 exclusivamente ao contrato-promessa.

---

(Proc. 868/08.2TBCBR.C1.S1) «O sinal só pode ser exigido em caso de incumprimento definitivo da obrigação pela outra parte, funcionando como pré-determinação das consequências desse incumprimento»; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/01/2010 (Proc. n.º 628/09.3YFLSB) «A mora não confere o direito de resolução do contrato; só o incumprimento definitivo e culposo dá lugar às cominações previstas no art. 442.º, n.º 2, não bastando, para o efeito, a simples mora»; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/10/2009 (Proc. n.º 449/09.3YFLSB.C1.S2) «A mora não é suficiente para desencadear o mecanismo indemnizatório do sinal, que pressupõe o incumprimento definitivo do contrato-promessa»; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/05/2008 (Proc. n.º 08B773) «Só o incumprimento definitivo do contrato-promessa confere ao contraente fiel o direito à resolução do contrato e desencadeia a aplicação das sanções consignadas no n.º 2 do art. 442.º do Código Civil»; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/07/2007 (Proc. n.º 07B1835) «No caso de incumprimento do contrato-promessa, a lei abre dois caminhos ao contraente não faltoso: a execução específica (art. 830.º do Código Civil), havendo simples mora, e a resolução do contrato (art. 432.º) havendo incumprimento definitivo»; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29/11/2006 (Proc. n.º 06A3723) «A aplicação das sanções previstas no art. 442.º do Código Civil pressupõe o incumprimento definitivo e não a simples mora».

#### 4.1. Cumprimento do contrato

Dispõe o n.º 1 do art. 442.º, o qual é aplicável a qualquer contrato e não exclusivamente ao contrato-promessa, que «*quando haja sinal, a coisa entregue deve ser imputada na prestação devida, ou restituída quando a imputação não for possível*». Daqui resulta que, em caso de cumprimento do contrato (inclusive do contrato-promessa) a coisa entregue a título de sinal, normalmente uma quantia em dinheiro, será computada na prestação debitória o que implicará uma operação de mero cálculo para quantificar o valor da prestação ainda em dívida.

De modo diverso se passam as coisas se o sinal entregue não for uma quantia em dinheiro, mas antes uma coisa (fungível ou não fungível) não sendo possível a sua imputação na *prestação devida*. Neste caso, realizada a prestação devida pelo *tradens* justifica-se a restituição do sinal, pois, de outra forma, assistiríamos a um locupletamento sem causa por parte do *accipiens*.

#### 4.2. O incumprimento imputável a um dos contraentes

Vejamos agora, como actua o regime do sinal em caso de incumprimento do contrato-promessa imputável a um dos contraentes. Importa porém, e porque estamos no âmbito do incumprimento do contrato-promessa, distinguir previamente consoante nos encontramos em face de um contrato-promessa no qual não foi estipulado a entrega de sinal ou de um contrato-promessa sinalizado.

Caso não exista sinal, o promitente não faltoso poderá, após resolver o contrato-promessa, exigir do promitente faltoso o pagamento de uma indemnização fixada nos termos gerais da responsabilidade civil.

É, porém, outro o regime legal caso exista sinal. Neste caso poderão abrir-se diversos cenários ao promitente fiel em caso de resolução de contrato-promessa com sinal passado.

#### 4.2.1. Incumprimento imputável ao contraente que prestou o sinal (*tradens*)

Preceitua a 1.<sup>a</sup> parte do n.º 2 do art. 442.º que «*se quem constituiu o sinal deixar de cumprir a obrigação por causa que lhe seja imputável, tem o outro contraente a faculdade de fazer sua a coisa entregue*».

Deste modo, em caso de incumprimento definitivo por parte do autor do sinal (o promitente-comprador num contrato-promessa de compra e venda) assiste ao *accipiens* o direito de, após declarar a resolução do contrato-promessa, fazer seu o sinal recebido. Em princípio, por via da natureza supletiva do n.º 4 do art. 442.º, a indemnização do *accipiens* queda-se pela perda do sinal por parte do *tradens*.

#### 4.2.2. Incumprimento imputável ao contraente que recebeu o sinal (*accipiens*)

Dispõe a segunda parte do n.º 2 do art. 442.º:

«*se o não cumprimento do contrato for devido a este último [accipiens], tem aquele [tradens] a faculdade de exigir o dobro do que prestou, ou, se houve tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, o seu valor; ou o do direito a transmitir ou constituir sobre ela, determinado objectivamente, à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço que tenha pago*».

Decorre da supra citada norma que ao *tradens* (promitente fiel) assiste o direito de exigir a restituição do sinal em dobro, caso o incumprimento (definitivo) seja imputável à parte que o recebeu. O objecto da restituição é assim de fácil e segura quantificação, pois consiste no dobro do *quantum* do sinal<sup>(41)</sup>. No que toca à natureza do

---

(41) Sobre a aplicação do art. 442.º em sede de insolvência do promitente vendedor, onde a recusa de cumprimento configura uma acto lícito praticado pelo administrador da insolvência no interesse dos credores do insolvente, vide GRAVATO MORAIS *Promessa*

sinal pecuniário tem a doutrina e jurisprudência dominantes considerado estarmos face a uma obrigação pecuniária, concretamente uma obrigação de quantidade, e não uma dívida de valor, aplicando-se-lhe em consequência o princípio nominalista (art. 550.º), bem como a disciplina constante do art. 806.º em caso de mora<sup>(42)</sup>.

Neste caso, o sinal corresponde a uma sanção predeterminada para o incumprimento do contrato aproximando-se da cláusula penal. Este facto tem levado a que parte da doutrina e da jurisprudência venha pugnando pela aplicação do mecanismo da redução equitativa da cláusula penal de montante excessivo previsto na norma constante do art. 812.º ao contrato-promessa com sinal passado (quer na hipótese de restituição do sinal em dobro quer na hipótese de perda do sinal por parte do contraente faltoso que o entregou), por entender que a redução se justifica em ambas as situações<sup>(43)</sup>.

---

*obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, 2010, pp. 3 e ss; e L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, 2011, pp. 3 e ss.

<sup>(42)</sup> Nesse sentido, CALVÃO DA SILVA, in *Sinal e contrato-promessa*, cit., p. 104; GRAVATO MORAIS, in *Contrato-Promessa em Geral*, cit., p. 223; na jurisprudência, vide acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28/06/2007 (proc. 3607/2007-2) «A indemnização correspondente ao dobro do sinal não é susceptível de correcção monetária ou actualização, pois trata-se de obrigação pecuniária, sujeita ao princípio nominalista consagrado no art. 550.º do Código Civil e não dívida de valor».

<sup>(43)</sup> Vide nesse sentido VAZ SERRA, in *Anotação ao Ac. do STJ de 21 de Dezembro de 1973*, Rev. de Legislação e Jurisprudência, ano 108.º, pp. 10 e 11; ALMEIDA COSTA, in *ob. cit.*, p. 70; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, in *ob. cit.*, pp. 195 e ss; BRANDÃO PROENÇA, in *Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral*, cit., p. 124; GRAVATO MORAIS, in *Contrato-Promessa em Geral*, cit., pp. 221 a 223; em sentido contrário vide CALVÃO DA SILVA, in *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª ed., Coimbra, p. 303; e ANTUNES VARELA, in *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra 2000, p. 339. Na jurisprudência, admitindo a aplicação do art. 812.º ao sinal, vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08/03/1977, in *BMJ*, n.º 265, p. 210; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01/02/1983 (in *BMJ*, n.º 324, p. 552) e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/11/2004 (Proc. 04B3837) de cujo sumário consta: «3. Embora sob a envolvimento de bilateralidade de efeitos e diversificada estrutura jurídica, assume o sinal no contrato-promessa relevante vertente de cláusula penal, ambos tendo finalístico escopo comum de meio compulsório de cumprimento obrigacional e de prévia fixação da indemnização. 4. Não obstante as respectivas diferenças de natureza jurídica, o normativo de redução da cláusula penal é aplicável, verificados os respectivos pressupostos, ao sinal passado no âmbito do contrato-promessa».

Como alternativa ao dobro do sinal, estabelece a 2.<sup>a</sup> parte do n.º 2 do art. 442.º que, caso tenha ocorrido tradição da coisa objecto do contrato prometido, o promitente que entregou o sinal pode, em face do incumprimento definitivo da contraparte, optar por exigir uma indemnização correspondente ao aumento do valor da coisa ou do «*direito a transmitir ou a constituir sobre ela, determinado objectivamente, à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado*», devendo ainda ser-lhe restituído o sinal em singelo. Para melhor ilustrar este regime atente-se no seguinte exemplo: **A**, como promitente-vendedor, e **B**, como promitente-comprador, celebram um contrato-promessa de compra e venda do prédio *X* tendo convencionado o preço de € 150.000,00, e tendo **A** entregue a **B** as chaves do prédio que este passou a ocupar. Como sinal e princípio de pagamento **B** entregou a **A** € 15.000,00. Na data acordada para a celebração do prometido contrato de compra e venda **A** recusa-se a outorgar a prometida escritura pública. O valor do prédio objecto do contrato prometido ascende, à data da recusa, a € 200.000,00. Neste caso, e em alternativa ao dobro do sinal, assiste a **B** o direito de exigir de **A** uma indemnização calculada com base no aumento do valor do prédio — € 50.000,00 — acrescida do sinal em singelo — € 15.000,00 —, o que perfaz o montante global de € 65.000,00, em vez dos € 30.000,00 correspondentes ao dobro do sinal.

Esta solução, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, visava dissuadir o promitente-vendedor de optar por incumprir o contrato-promessa motivado por razões de natureza especulativa, sobretudo quando existisse já tradição da coisa prometida transmitir. Com efeito, numa época em que, por via da forte inflação, se assistia a uma rápida valorização dos imóveis, poderia compensar ao promitente-vendedor incumprir o contrato-promessa entregando o sinal em dobro ao promitente-comprador. No momento actual, em que se verifica uma inflação relativamente baixa e controlada, não será frequente os promitentes-compradores optarem por esta alternativa indemnizatória preferindo a tradicional sanção do sinal em dobro.

A indemnização pelo aumento do valor da coisa prometida vender pressupõe a existência simultânea de sinal (pois funciona como alternativa a este) e da prévia tradição da coisa a que se refere

o contrato prometido, pelo que a “*traditio rei*” actua como pressuposto desta modalidade indemnizatória. Desta sorte, caso não tenha ocorrido aquela tradição o direito do promitente-comprador queda-se pelo poder de exigir, a título de indemnização, o dobro do sinal.

Como forma de garantir o crédito indemnizatório resultante do não cumprimento imputável à outra parte, e como veremos adiante, o art. 755.º, n.º 1, alínea f) concede ao beneficiário da promessa de transmissão ou de constituição de direito real, que obteve a tradição da coisa, um direito de retenção sobre a coisa objecto do contrato prometido.

Optando o promitente-comprador não faltoso pelo aumento do valor da coisa, importa analisar as situações denominadas de “*preço afectivo*” ou “*preço de favor*” em que o preço convencionado pelas partes é manifestamente inferior ao preço praticado no mercado. Nesta situação, a aplicação literal do n.º 2 do art. 442.º («o direito a transmitir ou a constituir ... *determinado objectivamente, à data do não cumprimento da promessa*, com dedução do *preço convencionado*...») poderia conduzir a um injustificado locupletamento do promitente-comprador não faltoso. Pense-se na hipótese das partes, num contrato-promessa de compra e venda de um imóvel, terem atribuído um preço de favor do valor de € 50.000,00 quando o valor corrente de mercado do mesmo ascende a € 150.000,00. Com efeito, em situações como esta, ascendendo a € 200.000,00 o valor do bem aquando do incumprimento (definitivo) do contrato-promessa por parte do promitente-vendedor, assistiria ao promitente-comprador (que obteve a *traditio rei*), o direito a exigir uma indemnização no valor de € 150.000,00 (€ 200.000,00 - € 50.000,00), acrescida do sinal entregue, quando, na verdade, o aumento real daquele se cifrava apenas em € 50.000,00. Seria uma pena desproporcionada sobre o promitente-vendedor faltoso e simultaneamente um enriquecimento injustificado por parte do promitente-comprador não faltoso. Para evitar um resultado desajustado como este, deverá atender-se ao preço objectivo que o bem prometido vender tinha ao tempo da celebração do contrato-promessa, pois só assim se justifica que promitente-comprador não faltoso possa optar pelo aumento do valor da coisa como indemnização alternativa ao

dobro do sinal. Esta interpretação é reforçada pela segunda parte do n.º 3 e pelo n.º 4 do art. 442.º cuja letra se refere apenas ao “*aumento do valor da coisa*”, ou seja a diferença entre o valor objectivo à data da celebração do contrato-promessa e o valor objectivo à data do incumprimento deste<sup>(44)</sup>.

### 4.3. A primeira parte do n.º 3 do art. 442.º

Estatui a 1.ª parte do n.º 3 do art. 442.º que «*em qualquer dos casos previstos no número anterior, o contraente não faltoso pode, em alternativa, requerer a execução específica do contrato, nos termos do art. 830.º*». Numa análise meramente literal desta norma parece ser possível ao promitente não faltoso recorrer à execução em alternativa à perda do sinal, à sua restituição em dobro e ao aumento do valor. Sucede que a aceitar-se este entendimento estaria esta norma em colisão com o n.º 2 o art. 830.º o qual preceitua constituir a existência de sinal uma presunção contrária à admissibilidade da execução específica. Para evitar esta contradição deverá a primeira parte do n.º 3 do art. 442.º ser interpretada como uma norma remissiva para o art. 830.º, sede da matéria da execução específica e que define os pressupostos em que é possível recorrer a este instituto.

Por outro lado, pressupondo a execução específica a mora do promitente faltoso não poderá funcionar como *alternativa* ao regime do sinal ou do aumento do valor da coisa, que pressupõem já o incumprimento definitivo do contrato-promessa, pelo que não se alcança o carácter alternativo que a primeira parte do n.º 3 do art. 442.º postula.

Parece ser, assim, supérflua a primeira parte do n.º 3 do art. 442.º, pois, em boa verdade, nada acrescenta ao art. 830.º, normativo que define os termos em que é possível obter uma sentença que produza os efeitos da declaração negocial do promitente faltoso.

---

<sup>(44)</sup> Nesse sentido, vide CALVÃO DA SILVA, in *Sinal e contrato-promessa*, cit., pp. 109 a 112.

Nesse sentido vai a doutrina firmada por CALVÃO DA SILVA para quem «a primeira parte do n.º 3 é supérflua e mesmo inadequada ou incorrecta: supérflua, porque não acrescenta nada ao art. 830.º, *sede materiae* da execução específica, a que o credor recorre em caso de mora; incorrecta, porque inculca a ideia de a execução específica poder funcionar no caso de incumprimento definitivo, em alternativa ao direito de resolução e respectiva indemnização regulado no número anterior»<sup>(45)</sup>.

Deve-se salientar que o recurso à execução específica não implica que tenha havido “*traditio rei*”. Nesse sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça no seu Assento de 19/12/1989 segundo o qual «no domínio dos arts. 442.º, n.º 2 e 830.º, n.º 1, do Código Civil, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, o direito à execução específica não depende de ter havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa para o promitente comprador»<sup>(46)</sup>.

#### 4.4. A segunda parte do n.º 3 do art. 442.º

Dispõe a segunda parte do n.º 3 do art. 442.º que «*se o contraente não faltoso optar pelo aumento do valor da coisa ou do direito, como estabelece o número anterior, pode a outra parte opor-se ao exercício dessa faculdade, oferecendo-se para cumprir a promessa, salvo o disposto no art. 808.º*»<sup>(47)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> *In Sinal e contrato-promessa, cit.*, p. 120; assim também JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO cujo ensinamento se transcreve: «e como ... a remissão para o art. 830.º, constante da 1.ª parte do n.º 3 do art.442.º, é perfeitamente dispensável, a propriedade e clareza do regime legal só ficariam a ganhar com a supressão total daquele número» *in Campo de aplicação do regime indemnizatório do art. 442.º do Código Civil: incumprimento definitivo ou mora?*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra 2003, Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD), p. 232; no mesmo sentido GRAVATO MORAIS, *in Contrato-Promessa em Geral, cit.*, p. 217.

<sup>(46)</sup> Publicado no Diário da República de 23/02/1990, I, Série-A.

<sup>(47)</sup> Esta opção do promitente faltoso tem recebido por parte da doutrina a designação de “excepção do cumprimento do contrato-promessa”.

Com base nesta norma, se o promitente não faltoso, em face do incumprimento (definitivo) da contraparte opta pelo aumento do valor da coisa (em vez do sinal em dobro) assiste ao promitente faltoso o direito de se opor a tal pretensão oferecendo-se para cumprir a promessa, salvo o disposto no art. 808.º.

A origem desta norma parece estar na tese de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, o qual sustenta que optando o promitente-comprador pelo aumento do valor «o promitente vendedor pode sempre oferecer-se para cumprir o contrato-promessa, antecipando-se à execução ex art. 830.º»<sup>(48)</sup>. A esta tese se opôs VASCO XAVIER sustentando que mesmo em face da mora, pode ocorrer a perda de interesse do promitente-comprador, sendo legítimo a este contraente recusar «a oferta da tardia celebração do contrato prometido»<sup>(49)</sup>. A segunda parte do n.º 3 do art. 442.º parece tentar conciliar estas duas posições doutrinárias, que nos parecem inconciliáveis.

A redacção desta norma deu origem a uma doutrina que considera ser suficiente a simples mora para que o promitente fiel possa exigir a indemnização pelo sinal (perda ou pagamento em dobro), ou a indemnização correspondente ao valor actualizado. ANTUNES VARELA, embora discordando da solução legal, escreveu que a «ressalva (do disposto no art. 808.º) significa que o direito de pedir, a título de indemnização, o aumento do valor da coisa pode ser exercido logo que o promitente-alienante incorra em mora ... À face das alterações introduzidas no art. 442.º pelo Decreto-Lei n.º 379/86, também o direito de o promitente adquirente exigir o dobro do sinal entregue, bem como o direito de o promitente alienante fazer seu o sinal recebido, pressupõem apenas a *mora* da contraparte e não uma situação de incumprimento definitivo»<sup>(50)</sup>.

---

<sup>(48)</sup> *In O novo regime do contrato-promessa* (comentário às alterações aparentemente introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho, ao Código Civil) BMJ 306.º, p. 39.

<sup>(49)</sup> *In Contrato-Promessa: algumas notas sobre as alterações ao Código Civil constantes do Dec.-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho*, in RDES, XXVII (1983), p. 39.

<sup>(50)</sup> *In Código Civil Anotado*, Vol. I, p. 423. No mesmo sentido, reportando-se ao sinal em dobro, vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/03/1997, in CJ-AC. do STJ, ano V, t. I, p. 161.

ALMEIDA COSTA defende que «no contrato-promessa, havendo sinal passado, a transformação da mora em não cumprimento definitivo afasta-se do regime-regra do art. 808.º... Ou seja, a parte inocente, uma vez verificada a mora, pode prevalecer-se das consequências desta ou exercer o direito potestativo de transformá-la, de imediato, em não cumprimento definitivo, sem observância de qualquer dos pressupostos indicados no n.º 1 do art. 808.º. A exigência do sinal ou da indemnização actualizada constitui uma declaração tácita de resolução do contrato-promessa (art. 436.º, n.º1)»<sup>(51)</sup>.

Conforme vai supra exposto a indemnização pelo sinal em dobro ou pelo aumento do valor está prevista alternativamente no n.º 2 do art. 442.º, encontrando-se ambas as indemnizações funcionalmente dependentes do mesmo pressuposto, o incumprimento do contrato-promessa por parte do *accipiens*. Não deve, por respeito à unidade do sistema jurídico, aceitar-se soluções distintas para o mesmo pressuposto, ou seja, o incumprimento (definitivo) para a hipótese da indemnização correspondente ao sinal em dobro e o incumprimento (temporário, vulgo: simples mora) para a hipótese da indemnização correspondente ao aumento do valor.

Como já escrevemos, é nossa convicção que o regime sancionatório previsto no n.º 2 do art. 442.º pressupõe o incumprimento definitivo do contrato. Se o incumprimento definitivo não se verifica, mas apenas mora do devedor, o promitente fiel poderá recorrer à execução específica do contrato-promessa, pois o vínculo contratual não se extinguiu, podendo cumular aquela com o direito a ser indemnizado pelos danos moratórios.

Destarte, se o incumprimento se apresenta na modalidade de mora não poderá o promitente fiel optar pela indemnização prevista no n.º 2 do art. 442.º, concretamente o dobro do sinal ou o aumento do valor da coisa. Se, pelo contrário, o incumprimento se apresenta na modalidade de incumprimento definitivo já não poderá então o promitente faltoso oferecer-se para cumprir a promessa. Sendo o contrato-promessa resolvido com base no incumprimento definitivo do promitente faltoso, ficou o contrato-pro-

---

<sup>(51)</sup> *In op. cit.*, pp. 81 e 82.

messa destruído por vontade do promitente fiel, pelo que não poderá o promitente faltoso oferecer-se para cumprir um contrato já resolvido (assim como já não poderá o promitente fiel exigir o cumprimento daquele).

Cabe, pois, perguntar qual a razão pela qual, optando o promitente fiel, em consequência da resolução do contrato-promessa fundada no incumprimento definitivo, pelo aumento do valor da coisa ou do direito, assiste ao promitente faltoso a possibilidade de se opor ao exercício desse direito, oferecendo-se para cumprir a promessa «salvo o disposto no art. 808.º»? De facto, não se descortina com facilidade que interesse juridicamente relevante poderá o legislador ter querido acolher ao ressalvar “*in fine*” aplicação do disposto no art. 808.º, quando ao promitente fiel é atribuído o direito de exigir o aumento do valor da coisa ou do direito, após ter, precisamente nos termos do art. 808.º, convertido a mora em incumprimento definitivo e declarado a resolução do contrato-promessa.

De forma a evitar a contradição da 2.ª parte do n.º 3 do art. 442.º com as regras do incumprimento das obrigações e com a resolução parece-nos correcta a doutrina que pugna pela sua interpretação ab-rogante. Com efeito, a 2.ª parte do n.º 3 do art. 442.º colide directamente com os princípios gerais do direito civil e do não cumprimento das obrigações, pelo que para evitar essa contradição e incoerência normativa, a qual nos parece insanável, e, simultaneamente por não alcançar utilidade relevante que justifique “*in casu*” a «*excepção do cumprimento*» cremos que se deverá dar como não escrita a norma contida na 2.ª parte desta disposição legal. Neste sentido se pronunciou CALVÃO DA SILVA para quem «Postas as coisas neste pé, porque não divisamos utilidade à 2.ª parte do n.º 3 do art. 442.º, sem cair em contradição com a norma em que se insere e regras do incumprimento com fundamento da resolução, somos tentados a dá-la como não escrita, fazendo aplicação da interpretação ab-rogante»<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> *In Sinal e contrato-promessa, cit.*, p. 153; no mesmo sentido GRAVATO MORAIS, *in Contrato-Promessa em Geral, cit.*, pp. 219 a 221; BRANDÃO PROENÇA propende para uma interpretação restritiva da última parte do n.º 2 do art. 442.º e correctiva do n.º 3, *in Do Incumprimento do Contrato-Promessa Bilateral, cit.*, p. 157.

#### 4.5. O n.º 4 do art. 442.º

O n.º 4 do art. 442.º exclui, no caso de incumprimento do contrato-promessa, a possibilidade do promitente fiel exigir qualquer outra indemnização «*nos casos de perda do sinal ou de pagamento do dobro deste, ou do aumento do valor da coisa ou do direito à data do não cumprimento*».

Esta norma merece duas observações.

Por um lado, e como primeira observação, trata-se de uma norma supletiva, pelo que nada impede que as partes convencionem disciplina diversa. No entanto, caso as partes nada convencionem, a indemnização decorrente do incumprimento (definitivo) do contrato-promessa é definida nos termos do n.º 4 do art. 442.º. A este respeito destaca-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01/11/2010 que firmou a seguinte doutrina: «*Como se dispõe no n.º 4 do art. 442.º, C. Civil, “na ausência de estipulação em contrário, não há lugar, pelo não cumprimento do contrato, a qualquer outra indemnização, nos casos de perda do Sinal (...)”.* Assim sendo, o valor da indemnização compensatória, havendo sinal, identifica-se a forfait, com o valor deste, identificação que só pode ser afastada em função de estipulação convencional das partes nesse sentido. ... Consequentemente, tendo as Partes convencionado o sinal, sem estipulação de qualquer outra indemnização em caso de incumprimento, ficou-lhes vedado lançarem mão de qualquer outra indemnização compensatória pelo incumprimento que não seja a da perda do sinal passado ou da restituição do seu dobro»<sup>(53)</sup>.

Considera o referido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que a sanção pecuniária compulsória, por não ter natureza indemnizatória, destinando-se antes a constranger o demandado a realizar o cumprimento devido, pode ter lugar independentemente da existência, ou não, de indemnização. Aceita, assim, o mencionado acórdão a cumulabilidade da sanção pecuniária compulsória com a indemnização prevista no n.º 4 do art. 442.º.

---

<sup>(53)</sup> In <www.dgsi.pt>, (proc. 1433/07.7TBBERG.S2).

Por outro lado, e como segunda observação, esta disposição legal não impede a possibilidade de ao promitente fiel assistir o direito a exigir outra indemnização baseada em facto distinto do incumprimento do contrato-promessa. Pense-se no direito à indemnização por benfeitorias realizadas pelo promitente-comprador que adquiriu a tradição da coisa objecto do contrato prometido.

#### **4.6. Incumprimento imputável a ambos os promitentes (concorrência de culpas)**

Para além do incumprimento exclusivamente imputável ao *tradens* ou ao *accipiens* pode suceder que aquele incumprimento seja imputável a ambos os promitentes.

Como regra, quando o incumprimento seja imputável a apenas um dos promitentes não lhe assistirá o direito de resolver o contrato-promessa. Havendo culpa de ambos os promitentes no incumprimento do contrato-promessa, o promitente cuja culpa seja mais grave não deverá poder socorrer-se da resolução do contrato, apenas cabendo este direito ao promitente cuja culpa seja menos grave. No entanto, sendo iguais as culpas de ambos os promitentes cremos que cada um deles poderá resolver o contrato-promessa, pois ambos são, na mesma medida, culpados pelo incumprimento do contrato. Importa, por isso, ponderar a gravidade da culpa no incumprimento do contrato para determinar se o direito de resolução assiste a um ou a ambos os promitentes.

Sobre esta problemática pronunciou-se CALVÃO DA SILVA, considerando que «o facto de o não cumprimento ser imputável, em igual medida, a ambas as partes, não deve precluir o direito de resolução de uma delas nos contratos com prestações correspectivas»<sup>(54)</sup>.

No que respeita à indemnização decorrente do incumprimento imputável a ambas as partes continua o ilustre autor: «Quer-nos parecer que o caso de não cumprimento bilateralmente imputável

---

<sup>(54)</sup> *In Sinal e contrato-promessa, cit.*, p. 155.

do contrato deve ser resolvido, tendo por base as normas gerais, pela compensação de culpas concorrentes, verificados os respectivos pressupostos (art. 570.º). Assim a indemnização poderá ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída, consoante a gravidade das culpas de ambas as partes e as consequências que delas resultaram. Se as culpas dos dois contraentes forem iguais, a indemnização deve ser excluída, devendo o *accipiens*, porém, restituir o sinal em singelo, pois não se vê a que título possa retê-lo legitimamente».

Daqui decorre que sendo o contrato-promessa legitimamente resolvido pelo *tradens*, e por via disso destruído, assiste a este promitente, conforme decorre do art. 433.º, o direito de exigir do *accipiens* a restituição do sinal entregue. Já no que tange ao direito de exigir uma indemnização, que acresce à restituição do sinal em singelo, resultará da apreciação que vier a ser feita da concorrência de culpas, para a qual deverá recorrer-se à norma constante do art. 570.º.

Caso a resolução do contrato-promessa seja legitimamente declarada pelo *accipiens*, que já recebeu o sinal, deverá o *tradens* pagar a indemnização devida descontada da importância entregue a título de sinal, ou, caso a indemnização devida seja inferior ao valor do sinal, deverá o *accipiens* restituir-lhe a parte excedente, o que será feito através do instituto da compensação.

Deste modo, sendo as culpas concorrentes em idêntica medida para o incumprimento do contrato-promessa, não existirá direito a qualquer indemnização pelo incumprimento do contrato, apenas havendo lugar à restituição do sinal em singelo<sup>(55)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> Sobre esta temática pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão 13/01/2009 (Proc. n.º 08A3649): «sendo iguais as culpas concorrentes, não há lugar à indemnização, o que, no caso, equivale a dizer-se que não têm os A.A. direito à devolução do dobro do sinal mas apenas à sua restituição em singelo, uma vez que, destruído o contrato e sendo iguais as culpas de ambas as partes, nenhuma razão existe para que o R. faça seu o sinal passado pelas A.A.».

#### 4.7. A natureza do direito do promitente-comprador que obteve a *traditio*

Importa apreciar a natureza dos poderes do promitente-comprador que obteve a *traditio* da coisa objecto do contrato prometido. Com efeito, em consequência da *traditio* da coisa prometida vender o promitente-comprador fica investido num poder de gozo (eventualmente até de fruição) sobre a coisa objecto do contrato prometido. Vale dizer, em consequência da *traditio rei* passa o promitente-comprador a poder aproveitar directamente as utilidades que a coisa objecto do contrato prometido pode proporcionar.

Não adquire, porém, o promitente-comprador um direito de posse sobre a coisa prometida vender. Como é consabido a posse não se esgota nos actos materiais (*corpus*) daquele que detém a coisa. Decorre do art. 1251.º que a posse pressupõe, para além da detenção da coisa em que se materializa o *corpus*, a intenção de agir como titular do direito de propriedade ou de outro direito real (*animus possidendi*). Ora, com a *traditio rei* o promitente-comprador adquire apenas o *corpus* sobre a coisa objecto do contrato prometido, não passando agir como beneficiário do direito de propriedade ou de outro direito real. É, assim, o promitente-comprador que obteve a *traditio rei* um detentor ou possuidor precário como decorre do art. 1253.º.

Nesse sentido vai a doutrina firmada por ANTUNES VARELA ao ensinar que «o promitente-comprador, investido prematuramente no gozo da coisa, que lhe é concedido na pura *expectativa* da futura celebração do contrato prometido, não é *possuidor* dela, precisamente porque, sabendo ele, como ninguém, que a coisa pertence ainda ao promitente-vendedor e só lhe pertencerá a ele depois de realizado o contrato translativo prometido, não pode agir seriamente com a intenção de um titular da propriedade ou de qualquer outro direito real sobre a coisa»<sup>(56)</sup>.

---

<sup>(56)</sup> In RLI, Ano 128.º, p. 146 (Anotação ao acórdão do STJ de 02/11/1989).; no mesmo sentido vide GRAVATO MORAIS, in *Contrato-Promessa em Geral*, cit., p. 243; na jurisprudência vide acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/04/2007 (07A480) «Em regra, pois, o promitente-comprador exercerá sobre o bem um direito pessoal de gozo,

Será, assim, o promitente-comprador titular de um direito pessoal de gozo sobre a coisa, o qual perdurará enquanto não for celebrado o prometido contrato ou, eventualmente, enquanto não for resolvido o contrato-promessa. Os direitos pessoais de gozo (a que o legislador se refere no art. 407.º) têm merecido especial atenção por parte da recente doutrina civilística. Tratam-se, em síntese, de direitos que atribuem ao seu titular o poder de agir autónoma e directamente sobre uma coisa mas que têm a sua origem e fundamento numa relação obrigacional, e de cuja vigência aquele poder se encontra dependente (vg. o comodato ou o arrendamento). Cesando a relação obrigacional, cessa o direito pessoal de gozo.

Como expressa HENRIQUE MESQUITA «o poder de gozo, ..., tem por base ou fundamento uma relação obrigacional, da qual nunca se desprende. Já o mesmo não acontece com os direitos reais de gozo sobre coisa alheia (e também sobre coisa própria: direito de propriedade). Estes não pressupõem uma vinculação obrigacional de quem quer que seja. Não são, por outras palavras direitos relativos. Uma vez constituídos (por contrato, testamento, usucapião, acessão, etc.), desligam-se da respectiva matriz e conferem ao seu titular uma posição jurídica que não depende de ninguém»<sup>(57)</sup>.

É, no entanto, possível, embora a título excepcional, que a *traditio rei* converta o promitente-comprador como verdadeiro possuidor, em nome próprio, sobre a coisa objecto do contrato prometido. Na verdade, a jurisprudência e a doutrina têm qualificado como verdadeira posse os casos em que o promitente-comprador pagou a totalidade ou quase totalidade do preço, ou em que o promitente-vendedor entrega a coisa ao promitente-comprador como

---

semelhante ao do comodatário, mas que lhe não confere a realidade da posse, nem mereceu ainda equiparação legal»; acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/10/2011 (290/05.2TBRMR.L1.S1) «Não constituindo a entrega da coisa prometida vender um efeito típico do contrato promessa de compra e venda, mas tão só do contrato definitivo de compra e venda (art. 879, al. a) do C.C.), a *traditio* da coisa prometida vender tem sido considerada como um contrato atípico ou inominado, diferenciado do contrato promessa, constitutivo de um direito pessoal de gozo, traduzido na antecipação de um dos efeitos do contrato definitivo, no pressuposto da realização desse contrato».

<sup>(57)</sup> Vide *Obrigações reais e ónus reais*, Almedina 1990, p. 51.

se este fosse já seu dono, sendo esta entrega ou o pagamento da quase totalidade do preço acompanhada de circunstâncias que revelem, de forma inequívoca, que o promitente-comprador passou a agir com o *animus possidendi* sobre a coisa objecto do contrato prometido. Só após uma ponderação casuística será possível determinar o *animus* com que o promitente-comprador passou a exercer os seus poderes sobre a coisa e, assim, se ele adquiriu, ou não, a posse sobre a coisa<sup>(58)</sup>.

Caso se conclua ser o promitente-comprador titular de um verdadeiro direito de posse sobre a coisa prometida vender, poderá defender a sua posse contra uma diligência judicial (por ex. penhora) que a ofenda por via de embargos de terceiro.

Situação distinta se verifica caso o promitente-comprador apenas seja titular de um direito pessoal de gozo sobre a coisa o que, reitera-se, constitui a regra geral. Nessa situação, não sendo o direito pessoal de gozo oponível aos direitos reais (com excepção do direito do locatário), não poderá o promitente-comprador defender-se de uma diligência judicial que afecte o seu direito através de embargos de terceiro<sup>(59)</sup>.

Creemos que, quer neste enquadramento quer mesmo inexistindo *traditio rei*, sendo a coisa, objecto do contrato prometido, penhorada no âmbito de uma acção executiva movida por terceiro contra o promitente-vendedor/executado, será possível sustentar ocorrer incumprimento definitivo do contrato-promessa por parte deste último na medida em que se verifique um comportamento revelador de uma inequívoca vontade de não querer ou não poder cumprir o contrato-promessa. Desde logo, no caso do promitente-vendedor indicar à penhora o bem prometido vender, configurará tal situação uma intenção clara e inequívoca de não querer cumprir o contrato-promessa, incorrendo deste modo em incumprimento definitivo. Já na hipótese da coisa objecto do contrato prometido

---

<sup>(58)</sup> Vide acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/04/2007 (07A480).

<sup>(59)</sup> Vide MIGUEL MESQUITA, in *Apreensão em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, cit., pp. 179 e 180, para quem «a detenção alegada, assente num direito pessoal de gozo, cede, juridicamente, perante a penhora (garantia real) constituída em benefício do exequente».

ter sido nomeada à penhora pelo terceiro/exequente, como é a regra geral, a situação poderá não ser tão clara. Ainda assim julgamos que, permitindo o promitente-vendedor que a coisa prometida vender seja penhorada por terceiro, poderá aquele colocar-se numa situação de incumprimento definitivo caso tenha ocorrido inércia da sua parte em permitir aquela penhora<sup>(60)</sup>.

Por fim, outro efeito jurídico decorrente da posse do promitente-comprador, e que importa referir, consiste no facto deste poder vir a adquirir a propriedade da coisa objecto do contrato prometido por via da usucapião, desde que observados os requisitos constantes dos arts. 1287.º e seguintes<sup>(61)</sup>.

## 5. O Direito de Retenção

### 5.1. O art. 755.º, n.º 1, alínea f)

O direito de retenção, no âmbito do contrato-promessa, foi introduzido na nossa ordem jurídica pelo Decreto-Lei n.º 236/80 tendo sido inserido no n.º 3 do art. 442.º. Com preocupações de maior rigor técnico o Decreto-Lei n.º 379/86 transplantou o direito de retenção para o art. 755.º, n.º 1, al. f).

---

<sup>(60)</sup> Nesse sentido vai a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 24/01/2008 (07B3813) cujo sumário se transcreve: «2. Clausulado, no contrato-promessa, que o prédio seria vendido livre de ónus ou encargos, e não tendo os promitentes vendedores removido o encargo (hipoteca) que sobre ele impendia já ao tempo da celebração do contrato-promessa, nem obstado, posteriormente a tal celebração, à penhora do prédio, não tendo dado conhecimento à contraparte da incidência das aludidas hipoteca e penhora, verificou-se o incumprimento, por aqueles do contrato-promessa. 3. O incumprimento não resulta da impossibilidade da prestação dos promitentes vendedores, mas antes da tácita, mas inequívoca, desvinculação das obrigações decorrentes do contrato-promessa, deixando os promitentes vendedores patente que, da sua parte, o contrato não era para cumprir, de nada passando a interessar a interpelação para o cumprimento».

<sup>(61)</sup> Nesse sentido vai a doutrina firmada pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/12/2008 (08B3743) cujo sumário parcial se transcreve: «O promitente-comprador adquire o direito de propriedade dos terrenos por usucapião se deles foi possuidor pública, pacificamente e de boa fé durante quinze anos».

Esta disposição legal atribui um direito de retenção ao «*beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve a tradição da coisa a que se refere o contrato prometido, sobre essa coisa, pelo crédito resultante do não cumprimento imputável à outra parte, nos termos do art. 442.º*».

Resulta deste normativo que o titular do direito de retenção é o beneficiário de qualquer contrato-promessa que tenha obtido a tradição da coisa objecto do contrato prometido. Naturalmente que é pressuposto do direito de retenção a existência da “*traditio rei*”, pois sem esta o direito de retenção deixa de ter objecto.

Vale dizer, o beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que não obteve a tradição da coisa não goza do direito de retenção, pois não está obrigado a entregar ao credor a coisa que detém uma vez que nada lhe foi entregue.

Estamos em face de um direito real de garantia cuja finalidade é garantir o crédito do beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real em face do incumprimento definitivo imputável à contraparte. Ora, esse crédito, que o direito de retenção visa garantir, consiste no dobro do sinal, no aumento do valor da coisa ou da indemnização convencionada, conforme resulta do n.º 4 do art. 442.º.

Parte da doutrina tem vindo a interpretar restritivamente a norma constante do art. 755.º, n.º 1, al. f). Assim, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO considera que a retenção «só garante o direito ao aumento do valor da coisa e não o direito à restituição em dobro» do sinal<sup>(62)</sup>. No mesmo sentido LUÍS MENEZES LEITÃO pugna pela aplicação do direito de retenção a favor do promitente-comprador que obteve a “*traditio rei*” mas para garantir apenas o pagamento do aumento do valor da coisa, não abrangendo o crédito relativo à restituição do sinal em singelo<sup>(63)</sup>. Também L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS entende que a norma constante do art. 775.º, n.º 1, al. f) deve ser objecto de uma interpretação restritiva no sentido de apenas se aplicar ao promitente-comprador consumidor sustentando

---

(62) *In Tratado de Direito Civil Português II. Direito das Obrigações*, tomo II, Coimbra, Almedina, 2010, p. 402.

(63) *In Direito das Obrigações, cit.*, pp. 251 e ss.

estarmos em face de uma «norma de tutela do consumidor»<sup>(64)</sup>. Esta orientação foi acolhida pelo Supremo Tribunal de Justiça que, no seu acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 4/2014, fixou a seguinte doutrina em caso de insolvência do promitente-vendedor: «no âmbito da graduação de créditos em insolvência o consumidor promitente-comprador em contrato, ainda que com eficácia meramente obrigacional com *treditio*, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador da insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no art. 755.º, n.º 1, alínea f) do Código Civil»<sup>(65)</sup>.

Sem perda do devido respeito pela opinião dos ilustres autores e pela jurisprudência citada, é nossa convicção que *de iure constituto* não existe fundamento para interpretar restritivamente norma contida no art. 775.º, n.º 1, al. f). Com efeito, o direito de retenção, tal como vai consagrado no art. 755.º, n.º 1, al. f), encontra a sua justificação na reforçada expectativa por parte do promitente-comprador que obteve a “*treditio rei*” de que o contrato prometido será celebrado. Deste modo, para além do direito de retenção actuar como um direito real de garantia (de que o crédito indemnizatório do beneficiário será satisfeito), tem igualmente uma natureza coerciva no sentido de pressionar o promitente alienante a pagar a indemnização devida. E esta dupla função de garantia real e coercitiva do direito de retenção existe independentemente do contrato-promessa se destinar à aquisição de habitação própria ou não, ou do promitente-comprador ser uma pessoa singular ou colectiva.

Concordamos, deste modo, com GRAVATO MORAIS para quem o direito de retenção, enquanto direito real de garantia, «há-de garantir qualquer crédito emergente do incumprimento do contrato-promessa. É esse o valor da *ampla* remissão efectuada para o art. 442.º CC»<sup>(66)</sup>.

<sup>(64)</sup> Vide *Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência, cit.*, pp. 7 a 9.

<sup>(65)</sup> In <www.stj.pt>; vide GRAVATO MORAIS, in *Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor* — Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014, de 20/03/2013, Proc. 92/05 in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 46, 2014, pp. 32 e ss.

<sup>(66)</sup> In *Contrato-Promessa em Geral, cit.*, p. 234.

Enquanto direito real de garantia, o direito de retenção atribui prioridade ao respectivo titular de ser pago, com preferência a qualquer outro credor, pelo valor do bem objecto do contrato prometido.

A função coercitiva do direito de retenção sobre a coisa objecto do contrato prometido, como forma de pressionar o promitente-vendedor a pagar a indemnização devida pelo seu incumprimento (definitivo), é realizada sem necessidade de recurso ao Tribunal. Isto é, é realizada extrajudicialmente, bastando que o promitente-comprador se mantenha na detenção da coisa objecto do contrato prometido. Porém, pretendendo o promitente-comprador obter o pagamento da indemnização devida terá necessariamente que recorrer à via judicial, num primeiro momento através da acção declarativa, com vista a ver-lhe reconhecido o seu direito de retenção, e, num segundo momento, através da acção executiva.

Preceitua o n.º 2 do art. 759.º que o direito de retenção prefere à hipoteca registada anteriormente (art. 759.º n.º 2)<sup>(67)</sup>. Ao consagrar o presente regime pretendeu o legislador tutelar os interesses do promitente-comprador quando em confronto com os interesses do Banco financiador, em especial quando se está perante a compra de imóvel destinado à habitação<sup>(68)</sup>.

Esta prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca ainda que registada anteriormente, tem motivado duras críticas por parte da doutrina, por se entender que o promitente-vendedor/construtor pode, por via da referida prevalência, prejudicar o Banco financiador da obra ainda que o crédito deste esteja protegido por hipoteca. Na verdade, seria suficiente, para o efeito, que o promitente vende-

---

(67) Esta norma já viu a sua inconstitucionalidade ser suscitada por diversas vezes. Porém, o Tribunal Constitucional nos seus acórdãos n.º 594/03 de 03/12/2003 e 356/04 de 19/04/2004 pronunciou-se no sentido da constitucionalidade da referida norma. Também no sentido da constitucionalidade na norma contida no n.º 2 do art. 759.º pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 18/12/2007 (Proc. n.º 07B4123).

(68) Em sede de insolvência, vide L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *in Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*, cit., pp. 3 e ss, para quem, em sede de insolvência, o promitente-comprador em contrato-promessa, ainda que com eficácia meramente obrigacional com *traditio*, devidamente sinalizado, que não obteve o cumprimento do negócio por parte do administrador de insolvência, goza do direito de retenção nos termos do estatuído no art. 755.º, n.º1, alínea f) do Código Civil.

dor, chegando à fase de acabamento da construção do edifício já constituído em propriedade horizontal, entregasse as chaves das fracções prometidas vender aos promitentes-compradores para que estes nelas se instalassem. Por esta via, o crédito indemnizatório a que estes têm direito, em consequência do incumprimento definitivo do promitente-vendedor, encontra-se protegido pelo direito de retenção o qual, não carecendo de registo, prevalece sobre a hipoteca anteriormente registada a favor instituição financiadora, a qual poderá ficar na prática esvaziada enquanto garantia real.

Sobre esta temática, pronunciou-se JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO para quem «no diferendo ou jogo de interesses polarizado em torno de um consumidor final e das instituições de crédito, a lei, repensando tudo, deixou-se cair uma vez mais para o lado do primeiro. E bem. É que as armas com que as instituições de crédito se podem defender neste contexto levam de longe a palma às capacidades de defesa dos simples consumidores. Àquelas basta, na verdade, para se tutelarem adequadamente, seleccionar os créditos a conceder»<sup>(69)</sup>.

Em todo o caso, a prevalência do direito de retenção decorrente do n.º 2 do art. 759.º encontra-se hoje enfraquecida quando confrontada com as hipotecas constituídas a favor das instituições de crédito hipotecário (que são instituições de crédito cujo objecto consiste na concessão e aquisição de créditos hipotecários). Com efeito, o Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de Março, que estabelece o regime jurídico aplicável às obrigações hipotecárias e às instituições de crédito hipotecário, preceitua no seu art. 3.º, n.º 2, que as hipotecas que garantam créditos hipotecários das instituições de crédito hipotecário prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários. Uma vez que o art. 751.º estatui que os privilégios imobiliários especiais preferem ao direito de retenção, a graduação daqueles créditos hipotecários prevalecerá sobre o direito de retenção.

---

<sup>(69)</sup> *In Direito das Obrigações*, I, Coimbra 1990, p. 281.

## 5.2. O promitente-comprador de fracção autónoma em construção que obteve a “*traditio rei*”

A situação que iremos apreciar, frequente na prática, pode ser esquematizada do seguinte modo: o promitente-comprador de uma fracção autónoma em construção, não estando ainda constituída a propriedade horizontal do prédio, e que obteve a tradição da fracção objecto do contrato prometido, declara legitimamente a resolução do contrato-promessa (fundada no incumprimento definitivo do promitente-vendedor). Importa determinar se, sendo o contrato-promessa sinalizado ou tendo sido convencionado uma cláusula penal, o promitente-comprador goza de direito de retenção sobre a fracção em construção como garantia do seu crédito indemnizatório determinado nos termos do art. 442.º.

Sobre esta temática pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão uniformizador de jurisprudência de 12/03/1996, o qual fixou a seguinte doutrina: «*Nos termos do n.º 3 do art. 442.º do Código Civil, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei 236/80, de 18 de Julho, tendo havido tradição de fracção de prédio urbano, o promitente-comprador goza de direito de retenção, mesmo que o edifício ainda não esteja submetido ao regime da propriedade horizontal*»<sup>(70)</sup>.

Este acórdão obteve oito votos de vencido os quais pugnaram pela posição diametralmente oposta. Da nossa parte, não concordamos com a orientação adoptada pelo supra citado acórdão<sup>(71)</sup>. E isto porque sendo o direito de retenção um direito real de garantia, traduz-se num poder directo e imediato sobre uma coisa jurídica certa e determinada. Não pode, por essa razão, o direito de retenção incidir sobre parte de uma coisa, mas apenas sobre uma fracção que já tenha existência e autonomia jurídica por via da constituição da propriedade horizontal. Enquanto esta não estiver constituída apenas o

---

<sup>(70)</sup> In Diário da República, II Série, de 8 de Junho de 1996.

<sup>(71)</sup> Discordam igualmente da jurisprudência uniformizada pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, CALVÃO DA SILVA, in *Sinal e contrato-promessa*, cit., pp. 193 a 195, e RUI PINTO DUARTE, in *Curso de Direitos Reais*, Principia 3.ª ed., revista e actualizada, 2013, pp. 295 a 297.

prédio pode ser objecto do direito de retenção, pois apenas o prédio é coisa em sentido jurídico. Atendendo aos lugares paralelos, também a hipoteca (art. 686.º) e o penhor (art. 666.º) têm por objecto uma coisa em sentido jurídico. O que se compreende se atentarmos a que o titular da hipoteca (art. 686.º), do penhor (art. 666.º) ou do direito de retenção (art. 759.º, n.º 1) têm o poder de se fazer pagar do seu crédito pelo produto da venda forçada da coisa objecto daqueles direitos reais de garantia. Vale dizer, só o que pode ser alienado pode ser objecto de hipoteca, do penhor ou do direito de retenção. Não sendo juridicamente possível alienar partes de coisas, são as mesma impenhoráveis o que, de acordo com o preceituado nos arts. 736.º, al. *a*) do Cód. do Processo Civil e 756.º, al. *c*), exclui o direito de retenção que incida sobre uma fracção juridicamente inexistente. Aliás, o próprio acórdão do Supremo Tribunal de Justiça aceita que, caso as obras sejam abandonadas, o direito de retenção «tomba em absoluta anodinia».

Sobre esta temática concordamos com a doutrina firmada por RUI PINTO DUARTE segundo a qual «a tese do Supremo Tribunal de Justiça é inconciliável com o restante sistema jurídico. Na vertente da obtenção de pagamento pelo valor da coisa, os promitentes-compradores em causa (como de resto o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu, na sua decisão ...) não têm a possibilidade de fazer valer o seu direito. Ninguém pode adquirir (nem em venda executiva!) a propriedade de uma fracção que não existe ...»<sup>(72)</sup>.

Em face do que vai exposto, temos para nós que o direito de retenção não pode incidir sobre uma fracção autónoma juridicamente inexistente, do que resulta que este direito real de garantia, tal como o art. 755.º, n.º 1, al. *f*) o concebe, tem inexoravelmente um campo de aplicação mais limitado do que aquele que a letra desta disposição legal poderia fazer sugerir.

---

<sup>(72)</sup> *In Curso de Direitos Reais, cit.*, p. 297.

### 5.3. O direito de retenção, penhora e venda executiva da coisa objecto do contrato prometido

Importa apurar se o promitente-comprador titular do direito de retenção pode reagir através de embargos de terceiro contra a penhora da coisa objecto do contrato prometido, de forma a tornar esta impenhorável e, assim, obstaculizar à sua venda executiva.

Como nota prévia, diremos que por aplicação do art.670.º, al. a) “*ex vi*” dos arts. 758.º e 759.º, n.º 3, assiste ao promitente-comprador titular do direito de retenção o poder de se defender por via de embargos de terceiro, nos termos do preceituado no art. 342.º e seguintes do Cód. do Processo Civil, contra qualquer diligência judicialmente ordenada que não implique a caducidade do direito de retenção (por ex. no caso de acção executiva para entrega de coisa certa)<sup>(73)</sup>.

Porém, na hipótese de penhora da coisa objecto do contrato prometido a solução terá que ser outra, pois actuando a penhora como anticâmara da venda executiva o direito de retenção caducará com esta venda. Com efeito, o direito de retenção, enquanto direito real de garantia que visa garantir o crédito do promitente-comprador decorrente do incumprimento definitivo do contrato-promessa, não é incompatível com a realização da penhora, não obstante à venda executiva da coisa objecto do contrato prometido. Na verdade, sendo o direito de retenção um puro direito real de garantia, tal como a hipoteca ou o penhor, e não um direito real de gozo, não obsta à penhora da coisa objecto do contrato prometido quer esta penhora seja requerida por quem tiver outro direito real de garantia quer seja requerida por um credor comum do promitente-vendedor. Aderimos, por essa razão, à doutrina firmada por MIGUEL MESQUITA segundo a qual «os embargos de terceiro deduzidos contra uma penhora pelo titular de um direito de retenção (no caso, promitente-comprador) devem — por manifesta falta de fundamento — ser indeferidos ... É que o poder de realizar à custa da coisa determinado valor não é afectado pela penhora.

---

(73) Vide neste sentido CALVÃO DA SILVA, in *Sinal e contrato-promessa*, cit., p. 196.

A execução não causa ao promitente-comprador qualquer prejuízo — apenas o força ou incita a reclamar o seu crédito nesse mesmo processo»<sup>(74)</sup>. Na jurisprudência vide por todos o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08/10/2013, o qual é lapidar ao afirmar que «o direito de retenção nunca impede a penhora, nem o seu titular lhe pode deduzir embargos de terceiro»<sup>(75)</sup>.

Destarte, deverá o promitente-comprador titular do direito de retenção reclamar o seu crédito na acção executiva até à transmissão do bem penhorado sob pena de se verificar a caducidade do seu direito real de garantia (art. 788.º do Cód. do Processo Civil). Com efeito, dispõe o n.º 2 do art. 824.º que os bens são transmitidos livres de quaisquer direitos de garantia que os onerarem, pelo que o direito de retenção caduca aquando da realização da venda executiva, transferindo-se o direito de crédito do promitente-comprador para o produto da venda com a mesma prioridade que o direito de retenção detinha sobre o bem transmitido (art. 824.º, n.º 3)<sup>(76)</sup>. Vale

---

<sup>(74)</sup> *In Apreensão em Processo Executivo e Oposição de Terceiro, cit.*, pp. 172 e 173. No mesmo sentido vide GRAVATO MORAIS, *in Contrato-Promessa em Geral, cit.*, p. 238; CALVÃO DA SILVA, *in Sinal e contrato-promessa, cit.*, pp. 196 a 199; ANTUNES VARELA, *in RLJ*, Ano 124.º, p. 352 (Anotação ao acórdão do STJ de 25/02/1986).

<sup>(75)</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08/10/2013 (10262/06.4TBM TS.P1.S1).

<sup>(76)</sup> Transcreve-se, pela sua clareza, o sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08/10/2013 (10262/06.4TBMTS.P1.S1): I. — No caso de ter havido tradição da coisa objecto do contrato-promessa de compra e venda de uma fracção autónoma para habitação, o promitente-comprador goza, nos termos gerais, de direito de retenção sobre ela, pelo crédito resultante do incumprimento definitivo do contrato pelo promitente-vendedor. II. — Tal direito confere ao promitente-comprador a faculdade de não abrir mão da coisa enquanto se não extinguir o seu crédito. III. — Prosseguindo a execução até à venda executiva, o direito de retenção, que é um direito real de garantia, caduca com esta venda nos termos da 1.ª parte do n.º 2, do art. 824.º do C.C. IV. — Quando ocorre a venda executiva, essa função de garantia transfere-se do bem vendido para o produto da venda, em conformidade com o n.º 3, do mesmo preceito, operando a garantia sobre o respectivo montante e não mais sobre o bem alienado. V. — Com efeito, o mencionado n.º 2, ao dispor sobre os efeitos da venda em execução e da sua repercussão sobre os direitos reais de garantia e sobre os direitos reais de gozo, distingue claramente a situação de uns e outros. VI. — No que respeita aos direitos reais de garantia (art. 824.º, n.º 2, 1.ª parte) todos eles caducam com a venda executiva : os bens são sempre transmitidos livres de quaisquer direitos de garantia, sejam de constituição anterior ou posterior à penhora, tenham registo ou não tenham, tenha havido ou não reclamação na execução dos créditos que garantem.

dizer, atendendo à graduação de créditos realizada e à preferência decorrente do direito de retenção, assiste ao promitente-comprador o direito de ser pago pelo produto resultante da venda executiva, com a mesma prioridade sobre os demais credores que o direito de retenção caducado lhe atribuía<sup>(77)</sup>.

Como é consabido, a reclamação de créditos no âmbito da fase da convocação de credores tem por base um título exequível. Caso o promitente-comprador titular do direito de retenção não disponha de título exequível que lhe permita reclamar o seu crédito, deverá, nos termos do preceituado no art. 792.º do Cód. do Processo Civil, requerer, dentro do prazo facultado para a reclamação de créditos, que a graduação dos créditos, relativamente ao bem objecto do contrato prometido, aguarde a obtenção do título em falta. Se o executado reconhecer a existência do crédito, ou nada disser sobre o mesmo e não esteja pendente acção declarativa para a sua apreciação, considera-se formado o título executivo e reclamado o crédito nos termos do requerimento do promitente-comprador, sem prejuízo da sua impugnação pelo exequente e demais credores reclamantes. Se, ao invés, o executado negar a existência do crédito, terá o promitente-comprador que propor uma acção contra o executado, o exequente e os credores reclamantes interessados, com vista a obter sentença exequível, reclamando seguidamente o seu crédito na execução.

Se o promitente-comprador não reclamar o seu crédito no processo executivo, o direito de retenção caduca — art. 824.º, n.º 2 — sem que tenha sido reconhecido e graduado, não se transferindo o seu crédito para o produto da venda do bem prometido vender. Esclarece-se que apenas caduca o direito de retenção subsistindo, porém, o direito de crédito mas como crédito comum, podendo o promitente-comprador, na qualidade de credor comum, exigir do promitente-vendedor, em acção autónoma, o respectivo cumprimento.

---

(77) Em sentido contrário, pugnando pela sobrevivência do direito de retenção na venda executiva, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in ROA, Ano 57, pp. 547 a 563, *Da Retenção do Promitente na Venda Executiva*.

#### 5.4. O direito de retenção e o caso julgado

Importa apurar se o direito de retenção, reconhecido ao promitente-comprador em acção declarativa apenas proposta contra o promitente-vendedor é oponível, em fase executiva, ao credor hipotecário deste último, que não foi demandado naquela acção.

Como é sabido, em princípio a sentença apenas tem força de caso julgado entre as partes, não sendo oponível a terceiros não intervenientes no processo. Destarte, a sentença que reconheceu o direito de retenção ao promitente-comprador/exequente sobre a coisa objecto do contrato prometido, e penhorada no processo executivo, não constitui caso julgado contra o credor hipotecário/reclamante na medida em que não lhe é oponível. De outra forma ficaria prejudicada a consistência jurídica do direito do credor hipotecário na medida em que lhe estaria vedado defender a prioridade do seu crédito em face do direito de retenção, sendo patente a incompatibilidade entre a hipoteca e o direito de retenção por via da norma constante do art. 759.º, n.º 2, com prevalência deste último.

Poderá, por essa razão, e de acordo com o preceituado nos n.ºs 3 e 4 do art. 789.º do Cód. do Processo Civil, o credor hipotecário impugnar, no prazo de 15 dias a contar da notificação prevista no n.º1 da citada disposição legal, os créditos garantidos por bens sobre os quais tenham invocado também qualquer direito real de garantia, incluindo o crédito exequendo, bem como as garantias reais invocadas quer pelo exequente quer pelos outros credores, com fundamento em qualquer das causas que extinguem ou modificam a obrigação ou que impedem a sua existência, para além dos fundamentos constantes dos arts. 729.º e 730.º do Cód. do Processo Civil.

A este propósito pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 20/10/2011, cujo sumário se transcreve:

«I — A sentença proferida em sede de acção declarativa que reconheça ao exequente a existência do direito de retenção não constitui caso julgado contra o credor hipotecário (ora credor reclamante), que não interveio nessa acção, não lhe sendo, por isso oponível.

II — Não tendo o credor reclamante, uma vez notificado em conformidade com o art. 866.º do CPC, deduzido qualquer impugnação ao

direito de retenção, impõe-se, nos termos dos ns.º 2 e 4 do art. 868.º do CPC, ter como reconhecidos os créditos e respectivas garantias reais, proferindo-se sentença que os gradue, tendo em atenção a prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca (art. 759.º, n.º 2 do CC)»<sup>(78)</sup>.

Concordamos com a doutrina firmada pelo acórdão citado, pelo que no caso do credor hipotecário/reclamante não deduzir qualquer impugnação ao direito de retenção do promitente-comprador/exequente, apesar de não se encontrar abrangido pela eficácia caso julgado decorrente da acção declarativa, terá de ser reconhecido o crédito do promitente-comprador/exequente e, por via do direito de retenção, graduado com prioridade sobre o crédito hipotecário (cfr. art. 759.º, n.º 2).

---

<sup>(78)</sup> In CJ, Ano XIX, Tomo III/2011, p. 89. No mesmo sentido *vide* acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 03/04/2014 (1149/13.5TJLSB-A.L1-2).

## Principal bibliografia

- ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, *Contrato-Promessa — Uma Síntese do Regime Vigente*, 9.<sup>a</sup> ed., Coimbra 2007.
- ANTUNES VARELA, JOÃO, *Das obrigações em Geral*, Vol I, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2000.
- \_\_\_, *Das obrigações em Geral*, Vol II, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1992.
- \_\_\_, *Sobre o contrato-promessa*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1989.
- \_\_\_, *Anotação ao Acórdão do STJ, de 02 de Novembro de 1989*, RLJ, Ano 128.<sup>o</sup>, pp. 136 e ss.
- \_\_\_, *Anotação ao acórdão do STJ, de 25 de Fevereiro de 1986*, RLJ, Ano 124.<sup>o</sup>, pp. 352 e ss.
- BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ CARLOS, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral. A dualidade execução específica-resolução*, Coimbra, 1987.
- \_\_\_, *Para a necessidade de uma melhor tutela dos promitentes-adquirentes de bens imóveis (maxime, com fim habitacional)*, Cadernos de Direito Privado, n.º 22, 2008, pp. 3 e ss.
- CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra.
- \_\_\_, *Sinal e contrato-promessa*, 13.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2010.
- GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2002.
- GRAVATO MORAIS, FERNANDO DE, *Contrato-Promessa em Geral, Contratos-Promessa em Especial*, Almedina, 2009.
- \_\_\_, *Promessa obrigacional de compra e venda com tradição da coisa e insolvência do promitente-vendedor*, Cadernos de Direito Privado, n.º 29, 2010, pp. 3 e ss.
- \_\_\_, *Da tutela do retentor-consumidor em face da insolvência do promitente-vendedor — Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 4/2014, de 20/03/2013, Proc. 92/05*, Cadernos de Direito Provado, n.º 46, 2014, pp. 32 e ss.
- HENRIQUE MESQUITA, MANUEL, *Obrigações reais e ónus reais*, Coimbra, 1990.
- JANUÁRIO GOMES, MANUEL, *Em tema de contrato-promessa*, AAFDL 1990.
- LOBO XAVIER, VASCO, *Contrato-Promessa: algumas notas sobre as alterações do Código Civil constantes do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho*, RDES, 1994, pp. 137 e ss.

- MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado de Direito Civil Português II Direito das Obrigações*, tomo II, Coimbra, Almedina, 2010.
- , *O novíssimo regime do contrato-promessa*, *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, 1994 (2.<sup>a</sup> reimpressão), pp. 59 e ss.
- , *Da Retenção do Promitente na Venda Executiva*, ROA, Ano 57, pp. 547 e ss.
- MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE, *Direito das Obrigações*, I, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2007.
- MESQUITA, MIGUEL, *Apreensão em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2.<sup>a</sup> ed., revista e aumentada, Almedina, 2001.
- OLIVEIRA ASCENÇÃO, JOSÉ e COSTA e SILVA, PAULA, *Alienação a terceiro de prédio objecto de contrato-promessa e registo da acção de execução específica — Anotação ao Acórdão do STJ, de 8 de Maio de 1991*, ROA, 1992, I, pp. 183 e ss.
- PESTANA DE VASCONCELOS, L. MIGUEL, *Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência*, Cadernos de Direito Privado, n.º 33, 2011, pp. 3 e ss.
- PINTO DUARTE, RUI, *Curso de Direitos Reais*, 3.<sup>a</sup> ed., revista e aumentada, 2013.
- PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1990.
- PINTO OLIVEIRA, NUNO, *Ensaio Sobre o Sinal*, Coimbra, 2008.
- PRATA, ANA, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Coimbra, 1999.
- RAÚL GUICHARD e SOFIA PAIS, *Direito e Justiça*, 2000, I, *Contrato-promessa: recusa ilegítima e recusa terminante de cumprir; mora como fundamento de resolução; perda de interesse do credor na prestação; desvinculação com fundamento em justa causa; concurso de culpas no incumprimento; redução da indemnização pelo sinal*.
- VAZ SERRA, ADRIANO, *Anotação ao Acórdão do STJ de 21 de Dezembro de 1973*, RLJ, ano 108.º, pp. 10 e ss.
- SOUSA RIBEIRO, JOAQUIM DE, *Direito das Obrigações*, I, Coimbra, 1990.
- , *Campo de aplicação do regime indemnizatório do art. 442.º do Código Civil: incumprimento definitivo ou mora?* Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra 2003, Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD), pp. 211 e ss.

# MOBILIDADE DE TRABALHADORES INTRAEMPRESAS E INTEREMPRESAS(\*)

*Pelo* Dr. António Sarmento de Oliveira(\*\*)

## *SUMÁRIO:*

**1. Delimitação do tema. 2. O local de trabalho. 3. Mobilidade de trabalhadores intraempresas. 3.1.** A alteração do local de trabalho por acordo entre trabalhador e empregador. A mobilidade consentida. As cláusulas de mobilidade geográfica. **3.2.** A alteração do local de trabalho por decisão do empregador. A mobilidade imposta. **3.2.1.** Mudança ou extinção de estabelecimento e mobilidade coletiva dos trabalhadores. **3.2.2.** Mobilidade individual: mudança definitiva e mudança transitório do local de trabalho. **3.3.** A transferência a pedido do trabalhador. A mobilidade como remédio. **4. A mobilidade de trabalhadores interempresas. 4.1.** Mobilidade estrutural do trabalhador. **4.1.1.** A mobilidade do trabalhador decorrente da celebração de vários contratos de trabalho. **4.1.2.** A mobilidade do trabalhador com contrato de trabalho com pluralidade de empregadores. **4.1.3.** Mobilidade do trabalhador no grupo em cumprimento do seu contrato ou ao abrigo de uma cláusula negocial de mobilidade. **4.2.** A mobilidade temporária de trabalhadores com suspensão do contrato de trabalho. **4.2.1.** A cedência ocasional de trabalhadores. **4.2.2.** Suspensão do contrato de trabalho e a celebração de novo contrato de trabalho. **4.2.3.** O destacamento internacional de trabalhadores. **4.2.4.** A suspensão do contrato de trabalho para assunção de um cargo social numa empresa

---

(\*) O presente texto corresponde, com pequenas alterações, à aula escrita apresentada nas Provas Públicas de Avaliação de Competência Pedagógica e Técnico-Científica a que se referem os n.ºs 9 a 11 do art. 6.º da Lei n.º 7/2010, de 13 de maio e realizada em 26 de junho de 2013 no Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto.

(\*\*) Advogado. Professor Adjunto do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto do Instituto Politécnico do Porto.

do grupo. **4.3.** A mobilidade a título definitivo. *4.3.1.* A mobilidade através da cessão da posição contratual de empregador. *4.3.2.* A transmissão de empresa, estabelecimento ou unidade de negócio. *4.3.3.* A cessação do contrato de trabalho e a celebração de novo contrato com o novo empregador.

## **1. Delimitação do tema**

O termo mobilidade de trabalhadores pode significar duas realidades distintas: uma, o exercício, transitório, pelo trabalhador de funções diferentes daquelas para o qual foi contratado — é a denominada mobilidade funcional, regulada no art. 120.º do Código do Trabalho (CT); outra, a mudança de local de trabalho, transitória ou definitivamente, dentro da mesma empresa ou para outra empresa — é a mobilidade de trabalhadores em sentido amplo. Esta pode ocorrer no âmbito da(s) mesma(s) empresa(s) do empregador — mobilidade intraempresa ou mobilidade geográfica em sentido estrito — ou para empresas de diferentes empregadores — mobilidade interempresas.

Aqui e agora só nos ocuparemos desta segunda realidade.

## **2. O local de trabalho**

A determinação do local de trabalho constitui um elemento essencial na economia do contrato de trabalho e possui natureza contratual, resultando do acordo, expresso ou tácito, entre empregador e trabalhador. Na realidade, do ponto de vista dos interesses das partes, a determinação do local de realização da prestação a que se vincula, pelo contrato, o trabalhador, é elemento fulcral. Para o empregador, porque, em regra, só a combinação da prestação laborativa a que se obrigou o trabalhador com as prestações laborativas dos outros trabalhadores e com os restantes fatores produtivos é de modo a atingir os objetivos prosseguidos por aquele; para o trabalhador porque, como uma simples observação empírica

permite comprovar, é, as mais das vezes, em função do local de trabalho que aquele organiza e planifica a sua vida pessoal e, mesmo, familiar, escolhendo a sua residência, a escola dos filhos, as associações que vai frequentar, etc. Numa frase impressionante, lida em João Leal Amado<sup>(1)</sup> “*nós vivemos, em boa medida, em função do sítio onde trabalhamos*”.

Esta mesma essencialidade do local de trabalho na economia do contrato de trabalho está traduzida no direito positivo no art. 193.º, n.º 1 do CT ao estatuir que “*o trabalhador deve, em princípio, exercer a actividade no local contratualmente definido (...)*”. Por isso, nos parece melhor doutrina a que sustenta que não sendo possível determinar, mesmo após o recurso aos instrumentos de interpretação, o local de trabalho ou se chegarmos à conclusão que as partes não acordaram quanto a esse local, o contrato de trabalho será inválido por faltar um elemento essencial e não estar previsto qualquer mecanismo de integração pelo tribunal<sup>(2)</sup>.

Mas esta essencialidade da determinação do local de trabalho não significa, longe disso, que o mesmo não possa ter uma amplitude ou extensão variáveis<sup>(3)</sup>. Têm-na, desde logo, nas atividades itinerantes ou ambulatórias, como por ex. motorista, operário da construção civil, entre outros, em que pela própria natureza das funções exercidas, o local de trabalho possui uma “*geometria variável*”<sup>(4)</sup>. Têm-na, igualmente, naquelas situações em que por acordo das par-

---

(1) *In Contrato de Trabalho — À luz do novo contrato de trabalho*, 3.ª ed., Almedina, 2011, p. 250.

(2) Neste sentido, expressamente, JÚLIO VIEIRA GOMES, *in Direito do Trabalho, Volume I — Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2009, pp. 637 e 638. Sendo essa a conclusão lógica da remissão para o art. 280.º do CC feita por JOÃO LEAL AMADO a propósito da total indeterminação do local de trabalho *in Contrato de Trabalho...*, *cit.*, p. 252. Em sentido contrário, PEDRO MADEIRA DE BRITO, entendendo que na ausência de regulamentação das partes quanto ao lugar da prestação se está perante uma “*situação de indeterminação da coordenada espacial da prestação de trabalho que compete à entidade empregadora resolver através do seu poder de direcção (art. 97.º) aplicando-se aqui o regime do art. 400.º do Código Civil*”, *in Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed., 2013, Anotação V ao art. 193.º.

(3) Desde logo por, ao abrigo do n.º 2 do art. 193.º do CT, o trabalhador se encontrar vinculado às deslocações inerentes às suas funções ou indispensáveis à sua formação profissional.

(4) Na expressão de JOÃO LEAL AMADO, *in Contrato de Trabalho .....*, *cit.*, p. 251. Local de trabalho diluído lhe chama MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *in Tratado de*

tes o local de trabalho é definido com relativa amplitude, como por ex. quando se reporta o mesmo a “*todos os estabelecimentos do empregador situados na área metropolitana do Porto*”<sup>(5)</sup>.

A determinação do local de trabalho, resultado do acordo das partes, como se referiu, faz nascer na esfera jurídica do trabalhador o direito de o manter ao longo da execução do contrato de trabalho, expresso no *princípio da inamovibilidade*, que o Código de Trabalho consagra, mesmo, no seu art. 129.º, n.º 1, al. f), como uma garantia do trabalhador. De acordo com tal princípio, o local de trabalho contratualmente fixado só pode ser alterado por acordo das partes ou por determinação unilateral do empregador, mas, neste último caso, apenas nas situações previstas no Código do Trabalho — arts. 194.º e 195.º — ou em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, verificando-se um conjunto apertado de requisitos<sup>(6)</sup>.

A violação desta garantia do trabalhador constitui contraordenação muito grave, nos termos do n.º 2 do art. 129.º do CT.

Como se referiu já, o local de trabalho fixado no contrato de trabalho, expressa ou tacitamente, pode vir a ser alterado posteriormente.

Pode, desde logo, ser alterado por acordo das partes, no exercício da autonomia da vontade. Mas pode sê-lo, também, por decisão unilateral do empregador, em clara exceção ao princípio *pacta*

---

*Direito do Trabalho, Parte II — Situações Laborais Individuais*, 4.ª ed., Almedina, 2012, p. 277.

(5) Diferente da situação reportada no texto — cláusulas insertas no contrato de trabalho que fixam, com relativa amplitude, o perímetro geográfico do local de trabalho — são as cláusulas de mobilidade propriamente ditas que, como veremos infra, alargam a faculdade do empregador de modificar o local de trabalho na vigência do contrato.

(6) O local contratualmente fixado a que alude o art. 193.º, n.º 1 do CTT coincidirá, em regra, com a área da empresa, estabelecimento ou unidade produtiva em que o trabalhador labore, integrando, na terminologia de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (in “*Manual de Direito do Trabalho*”, Almedina, 1991, p. 684), o *local de trabalho potencial* do trabalhador, carecendo, por determinação do empregador no uso do seu poder de direção, de concretização num *local de trabalho efetivo* dentro dessa empresa, estabelecimento ou unidade produtiva, do que resulta que uma eventual mudança desse local de trabalho efetivo não implica uma modificação contratual se se contiver dentro dos limites do local de trabalho potencial, ou seja, se se contiver dentro do âmbito físico ou geográfico da empresa, estabelecimento ou unidade produtiva por referência ao qual foi contratualmente fixado o local de trabalho.

*sunt servanda*, por prevalência, no caso, ao interesse da empresa, atendendo à flexibilidade na utilização dos fatores produtivos, de adaptação à alteração das circunstâncias.

É às diferentes hipóteses de alteração do local de trabalho, no âmbito da mesma empresa, a que nos iremos reportar de seguida ao tratar da mobilidade de trabalhadores intraempresas.

Mas a mobilidade de trabalhadores pode também ocorrer entre empresas juridicamente distintas e com particular importância dentro do perímetro de sociedades coligadas.

É, essencialmente, à mobilidade entre empresas coligadas que nos iremos reportar ao tratar da mobilidade interempresas.

### **3. Mobilidade de trabalhadores intraempresa**

Apesar do inegável interesse do trabalhador na estabilidade do seu local de trabalho, certo é que, desde sempre, a legislação laboral foi sensível à necessidade da sua alteração para dar expressão a interesses quer do trabalhador, quer, principalmente, a exigências empresariais de adaptação a alterações de circunstâncias ou de otimização dos fatores produtivos que reclamam ou podem reclamar a mobilidade dos seus trabalhadores.

Essa alteração pode ser consequência de um acordo entre trabalhador e empregador, seja um novo acordo no decurso de execução do contrato de trabalho seja um acordo estabelecido logo no próprio contrato de trabalho.

Como pode essa alteração ser consequência de uma decisão unilateral do empregador.

#### **3.1. A alteração do local de trabalho por acordo entre trabalhador e empregador. A mobilidade consentida. As cláusulas de mobilidade geográfica**

Como qualquer contrato, o contrato de trabalho pode ser alterado por acordo dos contraentes. Assim, nenhuma dúvida pode

existir acerca da possibilidade de alteração do local de trabalho fixado no contrato, por acordo, superveniente, entre trabalhador e empregador. Estamos no domínio da autonomia da vontade, na sua expressão de liberdade contratual. E a mobilidade de trabalhadores decorrente dessa alteração do local de trabalho não tem limites, ou melhor, tem os limites inerentes a esse necessário acordo.

Dúvidas sim, existiam sobre se esse acordo podia ser dado *ex ante* no momento da celebração do contrato de trabalho ou em momento posterior, mas sempre no sentido de autorizar futuras alterações do local de trabalho. Estamos no domínio das denominadas “*cláusulas de mobilidade geográfica*”.

Estas podem ser definidas como a “*cláusula através da qual o empregador se reserva a faculdade de no futuro transferir o trabalhador para outro local de trabalho*”(7).

Hoje, a questão da admissibilidade, de princípio, destas cláusulas de mobilidade geográfica e a sua amplitude está resolvida. Na verdade, o n.º 2 do art. 194.º do CT permite às partes alargar ou restringir a faculdade de transferência, por decisão unilateral do empregador, seja transferência definitiva ou transitória, seja transferência individual ou coletiva.

Mas afirmar a admissibilidade de princípio das cláusulas de mobilidade, positivas, isto é no sentido do alargamento da faculdade de impor a mobilidade aos trabalhadores, ou negativas, isto é, no sentido de restrição dessa faculdade, no limite, a sua completa eliminação(8), não significa que não possam as mesmas ser sindicadas na sua licitude.

E podem. Desde logo, pela sua conformidade com a Constituição da República Portuguesa (CRP). É o caso das cláusulas que estipulem a inamovibilidade do trabalhador, por manifesta contradição com a liberdade de iniciativa económica prevista no art. 61.º

---

(7) Cf. JOANA NUNES VICENTE, *Cláusulas de mobilidade geográfica: vias de controlo*, in “Questões Laborais”, Ano XIII, 2006, p. 64. Destas cláusulas se diferenciam aquelas que fixam um âmbito geográfico alargado e fisicamente variável, a necessitar de concretização pelo empregador, no exercício do seu poder de direção.

(8) As denominadas cláusula de sedentarização.

da CRP, máxime, em cenários de transferência coletiva de trabalhadores, consequência de mudança, total ou parcial, do estabelecimento onde prestam serviço<sup>(9)</sup>.

Depois, por aplicação dos requisitos gerais relativos ao objeto negocial, elencados no art. 280.º do CC e que são, também, requisitos de uma qualquer prestação devida. Dispõe aquele normativo que é nulo o negócio jurídico cujo objeto seja indeterminado ou indeterminável. Assim, será nula, por indeterminação, a cláusula que conceda ao empregador o poder de colocar o trabalhador em qualquer local indicado por ele sem definição de qualquer parâmetro geográfico da prestação do trabalho<sup>(10)</sup>. Falha, neste tipo de situações, qualquer possibilidade de previsibilidade quanto ao âmbito geográfico da prestação do trabalho.

Por último, através do controlo sindicante do regime das cláusulas contratuais gerais, instituído pelo dec.-lei n.º 446/85, de 25 de outubro, aplicável a aspetos essenciais do contrato de trabalho que não resultem de prévia negociação, por remissão do art. 105.º do CT. Ora, as cláusulas de mobilidade geográfica podem ser formuladas — e são-no, atrevemo-nos a dizer, na maioria dos casos — através deste específico modo de contratar. Daí a sua sujeição ao controlo sindicante do regime das cláusulas contratuais gerais instituído pelo dec.-lei n.º 446/85.

Esse controlo, como se sabe, faz-se em três níveis. Num primeiro nível, atende-se a um controlo de inclusão, impondo específicos deveres de comunicação e informação, com vista a assegurar um efetivo e real conhecimento sobre todos os aspetos da regulamentação contratual por parte do aderente; num segundo nível, atua-se no plano do conteúdo, pela proibição de cláusulas abusivas; num terceiro nível, através da instituição de particulares modos de reação jurídica, com particular destaque para a ação inibitória com finalidades preventivas.

---

<sup>(9)</sup> Neste sentido, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho...*, cit., p. 259; JOANA NUNES VICENTE, *Cláusulas de mobilidade geográfica...*, cit., pp. 70 e segs.

<sup>(10)</sup> Como por ex. a cláusula contratual que permita transferir o local de trabalho do trabalhador, por decisão unilateral do empregador, para qualquer estabelecimento do empregador já aberto ou que este venha a abrir.

É aquele segundo nível de controlo que se tem, neste particular, em vista.

Como vimos, o n.º 2 do art. 194.º do CT permite às partes fixarem *ex ante*, seja no momento da celebração do contrato de trabalho, seja em momento posterior, os pressupostos de alteração, futura, do local de trabalho.

Nesta medida, esta é uma matéria, de eleição, de fixação, prévia, unilateral e rígida por parte do empregador<sup>(11)</sup> *et pour cause* de matéria de incidência sindicante do dec.-lei n.º 446/85.

E neste particular, ganha acentuada acuidade a proibição constante da alínea *c*) do art. 22.º do dec.-lei n.º 446/85 que estatui que são proibidas as cláusulas contratuais gerais que “*atribuam a quem as predisponha o direito de alterar unilateralmente os termos do contrato, exceto se existir razão atendível que as partes tenham convencionado*”. Ora, fácil é ver que o conteúdo de uma cláusula de mobilidade geográfica pode contender com uma proibição como esta<sup>(12)</sup>. Tal ocorrerá sempre que através dessa cláusula o empregador reserve para si um poder incondicionado de alteração unilateral do local de trabalho.

Mas essa possibilidade de controlo da licitude das cláusulas de mobilidade geográfica, por estreito, como vimos, não retira, antes reforça, a conclusão de que o Código do Trabalho, vigente, como, aliás, o anterior de 2003, aposta significativamente, em sede de mobilidade geográfica, nas virtualidades do princípio de liberdade contratual e no consequente poder jurisdicção das partes.

Assim, o espaço deixado, hoje e por via do mencionado n.º 2 do art. 194.º do CT, à liberdade contratual abrange não só os casos de transferência individual, como coletiva e sejam estas transferên-

---

(11) Na verdade, raros são hoje os contratos de trabalho, principalmente em empresas plurilocalizadas, que não contenham uma cláusula de mobilidade geográfica, convertendo, assim, essas cláusulas em *cláusulas de estilo*.

(12) Neste sentido, CATARINA CARVALHO, in *A mobilidade dos trabalhadores no âmbito dos grupos de empresas nacionais*, p. 191, nota 550; JOANA NUNES VICENTE, in *Cláusulas de mobilidade geográfica...*, cit., pp. 79 e segs; JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho...*, cit., p. 260. Tenha-se presente que, não raro, a transferência de um trabalhador é utilizada como uma sanção de facto, aplicável pelo empregador, como reação a comportamento discordante do trabalhador.

cias definitivas ou temporárias. E essa liberdade contratual tanto pode ser exercida no sentido de alargar a faculdade de mobilidade como de a restringir<sup>(13)</sup>. A cada uma destas situações de mobilidade nos referiremos infra.

Novidade do Código do Trabalho de 2009, relativamente ao de 2003, é a consagração de um prazo de caducidade das cláusulas contratuais que prevejam a mobilidade. Dispõe o n.º 2 do art. 194.º do CT, *in fine*, que o acordo das partes no sentido do alargamento ou restrição da faculdade de transferência do trabalhador caduca ao fim de dois anos se não for aplicado. Pretende-se, com a previsão da caducidade, proteger o trabalhador, evitando que as mesmas sejam acionadas quando a sua situação laboral já se cristalizou num determinado espaço geográfico, com todos os reflexos a nível pessoal e familiar<sup>(14)</sup>.

---

(13) Percebe-se é mal o campo de atuação dessa liberdade de estipulação no caso de transferência coletiva. Esta tem, nos termos do art. 194.º, n.º 1, al. a) do CT, como causa fundante a mudança ou extinção, total ou parcial, do estabelecimento onde os trabalhadores prestam serviço. Ora, quando há uma mudança de estabelecimento, *máxime*, se esta for total, não se vê como se possa restringir convencionalmente a possibilidade de transferência dos trabalhadores que naquele estabelecimento a transferir prestem serviço, sob pena de se atingir a situação absurda de se impedir, na prática, essa mudança de estabelecimento. E o mesmo se diga no caso de mudança parcial de estabelecimento, pois se nesse caso sempre se poderia equacionar ficarem os trabalhadores que prestavam serviço na parte do estabelecimento a mudar reafectados a postos de trabalho na parte do estabelecimento que se mantém no mesmo local, certo é que, na prática, tal solução inviabilizaria a mudança e, sempre, contenderia com o princípio constitucional de liberdade económica. O único sentido útil que vemos na restrição da faculdade de transferência nestas situações é possibilitar ao trabalhador resolver o seu contrato de trabalho, com direito à compensação prevista no art. 366.º do CT, sem ter de demonstrar o concreto prejuízo sério que a transferência lhe causaria por este decorrer do simples facto de contrariar a estipulação contratual restritiva da transferência. Já quanto às situações de ampliação dos pressupostos de transferência coletiva de trabalhadores em caso de mudança do estabelecimento no qual prestam serviço, esta afigura-se inútil a partir do momento em que as partes têm liberdade para o fazer mesmo não havendo mudança de estabelecimento.

(14) O Código do Trabalho de 2003 previa já, nos seus arts. 315.º, n.º 3 e art. 316.º, n.º 3, a admissibilidade das cláusulas de mobilidade geográfica e com amplitude igual à do atual código. Não previa era a sua caducidade se não fossem atuadas num certo prazo. Daí que a única forma de controlo do seu exercício, neste particular, era através do recurso à teoria do abuso de direito. Vd. com interesse e nesse sentido o Acórdão do STJ de 12/02/2009, *in* <www.dgsi.pt>.

### 3.2. A alteração do local de trabalho por decisão unilateral do empregador. A mobilidade imposta

Apesar do caráter essencial do local de trabalho na economia do contrato e da importância da estabilidade desse local para o trabalhador, que justificam que a sua inamovibilidade de princípio seja erigido em garantia do trabalhador, o caráter duradouro e a componente organizativa do contrato de trabalho determinam a necessidade de se preverem alterações ao local de trabalho inicialmente acordado pelas partes para o desenvolvimento da atividade laborativa.

Essas alterações podem ter por base, como vimos, o acordo das partes, alcançado ou formulado por antecedência, para dar satisfação quer a interesses do trabalhador quer, a maioria das vezes, a interesses do empregador.

Ou podem ser consequência de uma decisão unilateral do empregador, em claro desvio ao princípio *pacta sunt servanda*, em que a lei opta por sacrificar a garantia da inamovibilidade, consagrada no art. 129.º, n.º 1, al. f) do CT, em clara prevalência aos interesses da empresa atendendo à flexibilidade dos fatores produtivos<sup>(15)</sup>.

Assim, prescreve o art. 194.º n.º 1 do CT que “*o empregador pode transferir o trabalhador para outro local de trabalho, temporária ou definitivamente, nas seguintes condições: a) em caso de mudança ou extinção, total ou parcial, do estabelecimento onde aquele presta serviço; b) quando outro motivo do interesse da empresa o exija e a transferência não implique prejuízo sério para o trabalhador*”.

Deste preceito decorre a previsão de quatro tipos de mobilidade imposta dos trabalhadores: a mobilidade individual, consequência da modificação do local de trabalho de um trabalhador determinado e a mobilidade coletiva, consequência da mudança ou

---

<sup>(15)</sup> Como bem nota JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., p. 641, a exceção ao princípio *pacta sunt servanda*, impondo-se uma alteração ao programa contratual não negociada, é justificada pela necessidade de adaptação do contrato de trabalho, na sua execução, a circunstâncias que podem variar significativamente e adaptação essa que é sempre preferível à cessação do contrato de trabalho.

extinção, total ou parcial, de estabelecimento, que abrange, por isso, todos os trabalhadores que nesse estabelecimento prestam serviço e uma e outra a título definitivo ou temporário.

Como se compreende, os requisitos de uma e outras são diferentes.

### 3.2.1. Mudança ou extinção de estabelecimento e mobilidade coletiva dos trabalhadores

A razão justificativa de atribuição ao empregador de um direito potestativo de modificar um elemento essencial do contrato de trabalho, qual seja o local em que a prestação laborativa é realizada, impõe-se, por si própria, no caso de mudança ou extinção do estabelecimento no qual os trabalhadores prestam serviço. Radicando a faculdade de mudar ou extinguir o estabelecimento de que é titular o empregador no direito, constitucionalmente garantido no art. 61.º da CRP, de liberdade de iniciativa económica, o seu exercício não podia ficar dependente do consentimento dos trabalhadores que nele prestam serviço, sob pena de esvaziamento. E, por isso, a alternativa à cessação dos contratos de trabalhos dos trabalhadores que laboram nesse estabelecimento ou parte dele é, precisamente, a mudança do seu local de trabalho.

A mudança ou extinção do estabelecimento, causa da imposta mobilidade dos trabalhadores que nele prestam serviço, tanto pode respeitar a um dos estabelecimentos do empregador, como apenas a uma parcela desse estabelecimento, desde que, parece-nos, essa parcela constitua uma unidade produtiva autónoma ou autonomizável. Se tal não se verificar, a transferência, plural, dos trabalhadores terá de observar os requisitos da transferência individual relativamente a cada um dos trabalhadores abrangidos.

Como resulta diretamente do n.º 1 do art. 194.º do CT, a transferência dos trabalhadores, motivada pela mudança, total ou parcial, do estabelecimento no qual prestam serviço, tanto pode ser definitiva, consequência, por exemplo, de uma reorganização produtiva, como temporária, motivada, por exemplo, pela necessidade

de desocupação do local onde está instalado o estabelecimento para se proceder a obras de manutenção ou ampliação<sup>(16)</sup>. Porém, no caso de transferência temporária, imposta por mudança temporária do estabelecimento ou parte dele, aquela não pode perdurar por mais de seis meses, salvo se exigências imperiosas do funcionamento da empresa impuserem prazo mais longo, como decorre do n.º 3 do art. 194.º do CT.

Repare-se que nesta situação de mobilidade coletiva a lei não impõe a alegação e muito menos a demonstração do interesse da empresa. Este é subentendido na decisão de gestão sobre a mudança ou extinção do estabelecimento ou parte deste, manifestação do direito de iniciativa económica e de livre gestão do empresário.

Pelas mesmas razões de que o prévio consentimento dos trabalhadores envolvidos na transferência não é elemento constitutivo do direito do empregador impor essa mobilidade, também a alegação e prova do sério prejuízo que essa transferência possa causar a trabalhadores envolvidos não é facto impeditivo desse direito do empregador.

O que constitui é o trabalhador, cuja transferência lhe causa prejuízo, ao abrigo do disposto no n.º 5 do art. 194.º do CT, no direito de resolver o contrato de trabalho e receber uma compensação calculada nos termos do art. 366.º do CT, ou seja, hoje<sup>(17)</sup>, uma compensação correspondente a 12 dias de retribuição base e diurnidades por cada ano ou fração de antiguidade<sup>(18/19)</sup>.

---

(16) A mudança de local de trabalho, consequência de extinção de estabelecimento ou parte dele, parece-nos que só pode determinar, pela própria natureza da causa fundante, uma mudança definitiva, pois não se vê como essa extinção possa ser temporária.

(17) Redacção dada pela Lei n.º 69/2013, de 30 de Agosto.

(18) Ter em atenção o regime transitório regulado no art. 5.º da Lei n.º 69/2013 que prevê vários regimes de compensação consoante a data de celebração do contrato de trabalho: *i*) antes de 1 de novembro de 2011 ou *ii*) depois de 11 de novembro de 2011 e dentro de cada situação diferenciando vários períodos de duração do contrato de trabalho: *i*) até 31 de Outubro de 2012; *ii*) de 1 de Novembro de 2012 até 30 de Setembro de 2013 e *iii*) a partir de 1 de Outubro de 2013. Por outro lado, no mesmo art. 5.º, nos seus n.ºs 2 e 5 e 6, respectivamente, são estabelecidos limites mínimos e máximos ao montante da compensação.

(19) O Código de 2009 é diferente do Código de 2003. Neste, a compensação era calculada nos termos do art. 443.º entre 15 a 45 dias. É mais correto este regime, pois coloca o problema em sede própria, isto é, em sede de compensação por cessação do contrato de trabalho por facto não culposo do empregador.

Sublinhe-se que o direito do trabalhador resolver o contrato de trabalho com direito a compensação, no caso de a transferência lhe causar prejuízo sério, só existe na situação de mudança definitiva do estabelecimento ou da parte dele no qual o trabalhador presta serviço. Se esta mudança é temporária não poderá o trabalhador afetado resolver o seu contrato de trabalho, e muito menos com direito a compensação, com fundamento no prejuízo que essa transferência, temporária, lhe possa causar. Que não pode resolver o contrato com direito a receber uma compensação, tal conclusão impõe-se por a hipótese da norma contida no n.º 5 do art. 194.º expressamente se referir a transferência definitiva do trabalhador; que não pode resolver, mesmo sem direito a receber uma compensação, resulta de a única situação suscetível de enquadrar esse direito de resolução, a da alínea *b*) do n.º 3 do art. 394.º do CT, impor uma alteração substancial e duradoura das condições de trabalho no exercício lícito de poderes do empregador, durabilidade da alteração que, neste caso e por definição, se não verifica. Assim, ao trabalhador afetado pela mobilidade imposta e que a ela não se queira subordinar, só resta a possibilidade de denunciar o seu contrato de trabalho, comunicando essa sua intenção com o pré-aviso necessário, nos termos do art. 400.º do CT, ou, na falta de pré-aviso, sujeitando-se às consequências impostas pelo art. 401.º do CT.

Refira-se, por último, que o direito do trabalhador, afetado pela mudança definitiva do estabelecimento ou parte dele, de resolver o seu contrato de trabalho depende da alegação e demonstração, por ele, do prejuízo sério que sofrerá com a concretização dessa transferência, ou seja, o ónus da prova do prejuízo sério cabe-lhe por inteiro.

### 3.2.2. Mobilidade individual: mudança definitiva e mudança transitória do local de trabalho

Nos termos do art. 194.º, n.º 1, al. *b*), do CT, supra transcrito, o empregador, pode, por decisão unilateral, modificar o local de trabalho de um trabalhador determinado, tanto a título definitivo como a título transitório, impondo, assim, a sua mobilidade dentro

da empresa. Os requisitos das duas figuras são idênticos, não obstante os respetivos regimes apresentarem pequenas diferenças.

A transferência, definitiva ou temporária, de trabalhador, consequência da mudança, permanente ou transitória, respetivamente, do seu local de trabalho está, nos termos do art. 194.º, n.º 1, al. b) do CT subordinada a diversos requisitos substanciais cumulativos.

O primeiro deles consiste em a mudança do local de trabalho se ter de justificar pelo interesse da empresa<sup>(20)</sup>. Este interesse da empresa, apesar de ser bastante controverso<sup>(21)</sup> ou por isso mesmo, tem de ser apreciado em termos objetivos, ou seja, como um interesse de gestão e não confundido com as conveniências pessoais do empresário. Tem de se identificar uma racionalidade de gestão que permita afastar uma qualquer decisão arbitrária, desrazoável ou determinada por motivos pessoais estranhos à empresa.

Essa justificação objetiva da transferência tem, nos termos do art. 196.º, n.º 2 do CT, de constar da comunicação da transferência ao trabalhador afetado e com detalhe suficiente que lhe permita controlar a sua licitude.

O segundo requisito, negativo, é o de a transferência não causar prejuízo sério ao trabalhador.

O prejuízo sério é um conceito indeterminado que necessita de concretização. A lei não nos dá critérios para essa concretização, pelo que joga aqui um papel determinante a jurisprudência. Um prejuízo sério consiste normalmente num prejuízo na vida de relação do trabalhador. Mas não podemos afastar sem mais a hipótese de tal prejuízo ser de outra índole, nomeadamente patrimonial<sup>(22)</sup>. Certo é que não basta uma mera incomodidade ou inconveniência provocada pela transferência, sendo necessário, para que o prejuízo seja sério, uma real desvantagem pessoal ou económica para o trabalhador provocada pela transferência. A seriedade do pre-

---

(20) Quando o interesse da empresa o exija, diz a al. b) do n.º 1 do art. 194.º do CT).

(21) Na verdade, é questionável se existe um interesse comum ao empregador e aos trabalhadores, mesmo que de natureza instrumental.

(22) Assim, neste sentido, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho ... cit.*, p. 643, exemplificando com a circunstância de um trabalhador receber comissões em função do produto das suas vendas e que poderá ficar prejudicado com a sua transferência para outra zona onde previsivelmente o montante das comissões será muito menor.

juízo deve ser apreciada não só em termos absolutos, isto é, por referência ao quadro normal de vida em família, como em termos relativos, atendendo à situação concreta do trabalhador afetado, confrontado, sempre, com os motivos que o empregador tem para determinar a transferência e com as consequências que para a empresa resultarão da sua não concretização.

Como é evidente, a intensidade do prejuízo é diferenciada consoante se trate de uma transferência definitiva ou de uma transferência temporária, impondo-se uma maior intensidade desse prejuízo nesta do que naquela.

Esse prejuízo não tem de ser real, no sentido de concretizado, mas pode ser meramente virtual, desde que objetivamente comprovável<sup>(23)</sup>.

Certo é que se trata de um requisito a verificar no caso concreto e a implicar uma modificação substancial da vida do trabalhador em consequência da mudança do seu local de trabalho.

Como resulta da alínea *b*) do n.º 1 do art. 194.º do CT, a inexistência de prejuízo sério é um requisito constitutivo do direito do empregador de transferir o trabalhador. Daí que lhe caiba, nos termos do art. 342.º, n.º 1 do CC, o ónus de alegar e provar, na parte que controla<sup>(24)</sup>, a concreta inexistência de prejuízo sério para o trabalhador afetado pela medida<sup>(25)</sup>. Esta a solução que melhor se enquadra com o teor da alínea *b*) do n.º 1 do art. 194.º do CT e que não é minimamente prejudicada pelo facto de a inexistência de prejuízo sério se traduzir num requisito negativo e, por isso, de difícil

---

<sup>(23)</sup> Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho...*, Parte II, *cit.*, p. 434; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *in Direito do Trabalho*, 16.ª ed., Almedina, 2012, p. 369.

<sup>(24)</sup> Ou seja, por referência às informações de que dispõe ou deve dispor.

<sup>(25)</sup> Neste sentido, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, p. 644; JOÃO LEAL AMADO, *in Contrato de Trabalho...*, *cit.*, p. 247; PEDRO MADEIRA DE BRITO, *Código do Trabalho Anotado* — Anotação XIX ao art. 194.º. Neste sentido, também, Ac. STJ de 12/02/2009, Proc. n.º 08S2573, in <www.dgsi.mj.pt>. Em sentido contrário, sustentando que a existência de prejuízo sério é um facto impeditivo do direito do empregador e, por isso, o ónus da sua alegação e prova incumbe ao trabalhador, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho...*, *cit.*, p. 372; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho...*, *cit.*, p. 434; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *in Direito do Trabalho*, 5.ª ed., Almedina, 2010, p. 807.

averiguação, dado o código do trabalho, no seu art. 196.º, instituir um preciso procedimento em caso de transferência do local de trabalho que impõe que o empregador antes de comunicar a sua decisão ao trabalhador com a explicitação dos seus fundamentos se inteire da situação deste para proceder a avaliação do interesse da empresa. De todo o modo, a averiguação da inexistência de prejuízo sério sempre se terá de fazer com os elementos que o empregador conhece ou tem obrigação de conhecer, não implicando um conhecimento aprofundado da situação do trabalhador.

Inexistindo um interesse da empresa que justifique a transferência ou provocando esta um prejuízo sério para o trabalhador, poderá este desobedecer à ordem do empregador de transferência, dado o dever de obediência ter como limite o respeito dos direitos e garantias do trabalhador, como proclama o art. 128.º, n.º 1, al. e) do CT.

Tratando-se de uma transferência definitiva, em alternativa, poderá o trabalhador, ao abrigo do n.º 5 do art. 194.º do CT, resolver o seu contrato de trabalho, com direito a compensação, calculada nos termos do art. 366.º do mesmo diploma.

Quer no caso de transferência definitiva quer no caso de transferência temporária, o empregador tem o dever de custear as despesas determinadas pela transferência. Essas despesas são, nos termos do n.º 4 do art. 194.º do CT, no caso de transferência definitiva, as decorrentes do acréscimo dos custos de deslocação e da mudança de residência<sup>(26)</sup> e, no caso de transferência temporária, as de alojamento.

---

(26) Que podem ser cumulativos. Pense-se na situação ilustrada por JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho...*, cit., p. 646, de um trabalhador que transferido para um novo local de trabalho situado no centro de uma grande cidade ou em outra cidade, onde a habitação é muito dispendiosa, escolhe a nova habitação nos arredores da cidade, por mais acessível, pelo que apesar da mudança de residência pode ter de suportar maiores despesas de deslocação do que aqueles que suportava antes da transferência. Em sentido semelhante, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 256 e nota 364. Essa mesma possibilidade é hoje já admitida por PEDRO MADEIRA DE BRITO (*Contrato de Trabalho Anotado*, Anotação XIV ao art. 194.º), alterando, assim, a posição defendida para a norma corresponde do Código do Trabalho de 2003 — o art. 315.º — (*Código do Trabalho Anotado*, anotação VIII ao art. 315.º, 5.ª ed., Almedina 2007) de que no caso de transferência definitiva do trabalhador o dever do empregador de custear as despesas decorrentes do acréscimo dos custos de deslocação e da mudança de residência seria sempre alternativa:

Para além dos requisitos substanciais que vimos de referir, a transferência, definitiva ou temporária, de trabalhadores sujeita-se aos requisitos procedimentais e de forma, enunciados no art. 196.º do CT: comunicação por escrito, ao trabalhador, da decisão de transferência, com explicitação do respetivo fundamento e tratando-se de transferência temporária, com indicação da duração previsível da transferência que, nos termos do n.º 3 do art. 194.º do CT, não deve, salvo exigência imperiosa de funcionamento da empresa, exceder seis meses; essa comunicação deve ser feita com a antecedência de 8 ou 30 dias relativamente à data de produção de efeitos, consoante se trate de transferência temporária ou definitiva.

Refira-se, por último, que os trabalhadores eleitos para as estruturas de representação coletiva de trabalhadores estão particularmente protegidos em caso de transferência individual, pois nos termos do disposto no art. 411.º do CT só podem ser transferidos, definitiva mas também temporariamente, se a essa transferência derem o seu acordo, devendo o empregador comunicar a efetivação dessa transferência à estrutura a que pertence o trabalhador, com antecedência de 8 ou 30 dias, consoante se trate de transferência temporária ou definitiva.

### **3.3. A transferência a pedido do trabalhador. A mobilidade como remédio**

O atual Código do Trabalho inovou em matéria de transferência individual ao instituir um direito do trabalhador a ser transferido para outro local de trabalho.

A situação está regulada no art. 195.º do CT e surge como uma medida de proteção ao trabalhador vítima de violência doméstica.

---

se o trabalhador muda de residência em consequência da transferência do local de trabalho, o empregador suporta os custos da mudança; se o trabalhador mantém a residência, o empregador suportará os acréscimos de custos de deslocação do trabalhador.

Para que o trabalhador goze do direito de transferência, ao abrigo daquele normativo é necessário a verificação de três pressupostos cumulativos: *i*) tratar-se de uma empresa plurilocalizada, isto é, titular de vários estabelecimentos situados em diversas zonas geográficas, permitindo, assim, a transferência do trabalhador de um para outro estabelecimento (n.º1 do art. 195.º); *ii*) a apresentação de queixa-crime por violência doméstica (al. *a*), do n.º 1 do art. 195.º); *iii*) a saída da casa de morada de família pelo menos no momento em que se efetive a transferência (al. *b*) do n.º 1 do art. 195.º).

O primeiro pressuposto — tratar-se de uma empresa plurilocalizada — é um pressuposto de facto, necessário para tornar efetivo o direito de transferência do trabalhador. O segundo pressuposto — apresentação de queixa-crime por violência doméstica — é um pressuposto de direito, tornando ostensiva a violação dos direitos de personalidade daquela pessoa que também é trabalhador e a justificar a transferência como remédio, preventivo, para a continuação dessa violação. Por isso nos parece redutor e não se justificar face à ratio do preceito, impor, como requisito, que a queixa-crime por violência doméstica tenha sido apresentada pelo próprio trabalhador — vítima, tanto mais que o crime de violência doméstica é um crime público — cf. art. 152.º do Código Penal — não necessitando, por isso, o procedimento criminal de queixa por parte do ofendido, bastando uma denúncia por parte de qualquer pessoa ou o conhecimento do crime por qualquer outro meio para que aquele procedimento criminal se inicie<sup>(27)</sup>.

---

(27) Com a consequente aquisição do “estatuto de vítima” por parte do ofendido. É a aquisição deste “estatuto de vítima” que faz despoletar o meio de tutela ao trabalhador vítima de violência doméstica e não, propriamente, a iniciativa da denúncia da situação de violência doméstica. Esta é a ratio da norma como o demonstra o simples cotejo do n.º 1 do art. 195.º do CT com o n.º 1, al. *a*) do art. 42.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro que prevê um conjunto de medidas de prevenção da violência doméstica e de proteção e assistência às suas vítimas, disposições em tudo idênticas exceto na alusão desta última à “denúncia” enquanto a primeira se refere à “queixa crime”. Neste sentido, JOANA VASCONCELOS, *Sobre a proteção da vítima de violência doméstica no Direito do Trabalho português*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Ano LI, n.os 1-4, Janeiro-Dezembro, 2010, pp. 116 e segs.

O terceiro pressuposto — saída da casa de morada de família no momento em que se efetive a transferência — justifica-se por si próprio. A transferência do trabalhador justifica-se, precisamente, como uma medida criadora de condições para que o trabalhador se furte a essa violência, saindo do espaço físico da sua morada de família. Por isso, a lei unicamente impõe que essa saída se concretize até ao momento em que se efetive a transferência, podendo, assim, essa saída da casa de morada de família concretizar-se antes do pedido de transferência, contemporaneamente com o pedido de transferência ou só no momento em que essa transferência se efetivar.

Verificados os pressupostos e requerida essa transferência pelo trabalhador, o empregador não pode recusar a transferência, mas apenas, nos termos do n.º 2 do art. 195.º, adiar a sua concretização, com fundamento em exigências imperiosas ligadas ao funcionamento da empresa ou serviço ou até que exista posto de trabalho compatível disponível. Nestas situações, o trabalhador tem direito, ao abrigo do n.º 3 do art. 195.º e nos termos do art. 296.º, n.º 2, al. b), ambos do CT, a suspender o contrato de trabalho de imediato até que ocorra a transferência, mantendo, no entanto, o direito à retribuição durante o período de suspensão<sup>(28)</sup>.

A recusa do empregador em transferir o trabalhador ou o adiamento dessa transferência por motivos diferentes dos previstos no n.º 2 do art. 195.º do CT, constitui, nos termos do seu n.º 5, contraordenação grave e legítima o trabalhador a recorrer a ação judicial de cumprimento, pedindo a condenação do empregador na viabilização da transferência e no pagamento de uma indemnização pelos danos causados, sendo campo de eleição para a aplicação da sanção pecuniária compulsória prevista no art 829.º-A, do CC<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Neste sentido, PEDRO MADEIRA DE BRITO, *Contrato de Trabalho Anotado*, Anotação III ao art. 195.º.

<sup>(29)</sup> JOÃO LEAL AMADO, *in Contrato de Trabalho...*, cit., p. 268, prevê ainda como forma de reação à recusa do empregador em transferir o trabalhador, a resolução, por este do seu contrato de trabalho, com justa causa subjetiva, ao abrigo do n.º 2 do art. 394.º do CT e, por isso, com direito a indemnização, calculada nos termos do art. 396.º do CT. Não vemos, porém, em que concreta justa causa, das previstas no n.º 2 do art. 394.º do CT, se poderá incluir a situação em análise. No mesmo sentido, JOANA VASCONCELOS, *in Sobre a protecção da vítima de violência doméstica...*, cit., p. 121.

Como é evidente, a alteração do local de trabalho só se verifica quando o empregador emite a necessária ordem de transferência e determina a sua comparência nesse outro local, pelo que, até lá, o trabalhador está obrigado a comparecer no tempo e local originário, apesar da situação de violência doméstica que vive, sem prejuízo, evidentemente do seu direito de suspender, de imediato, o contrato de trabalho nos termos e com os efeitos supra referidos.

#### 4. A mobilidade de trabalhadores interempresas

Na mobilidade de trabalhadores intraempresa a perspectiva de análise parte da relativa fixidez do local de cumprimento da prestação laborativa por parte do trabalhador, como garantia deste, para a definição das situações em que é possível alterar esse local de trabalho, promovendo-se, assim, a mobilidade dos trabalhadores no âmbito da empresa do seu empregador.

Na mobilidade de trabalhadores interempresas, a perspectiva de análise é diferente<sup>(30)</sup>: trata-se de identificar e apreciar as possíveis formas de enquadramento da mobilidade de trabalhadores

---

(30) O sentido do termo mobilidade é, nesta perspectiva de análise, diferente, não se reconduzindo ao seu sentido laboral comum, reportado às situações de alteração do local de trabalho no seio da mesma empresa — e que foi o utilizado supra, no texto, no ponto 3. — mas mais amplo como abrangendo as situações que permitem enquadrar a circulação de trabalhadores entre empresas distintas. Por isso, no tratamento desta questão da mobilidade de trabalhadores interempresas utilizamos o termo *mobilidade*, na maior parte das situações, com o sentido que lhe dá MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *in Grupos empresariais e societários — Incidências laborais*, cit., p. 473, abrangendo “o conjunto de situações que no espaço geográfico do grupo societário ou empresarial, permitem ao trabalhador transitar entre empresas que o compõem, a título temporário ou definitivo, com ou sem alteração das funções, prestando a sua atividade para mais do que uma empresa, concomitante ou sucessivamente e com enquadramentos contratuais diversos que podem passar pela existência de vários contratos de trabalho, por um contrato de trabalho com pluralidade de trabalhadores ou ainda por um contrato de trabalho comum, que pode perdurar para além da situação de mobilidade do trabalhador; ou pode, a partir de certa altura, ser substituído por um novo contrato de trabalho com outra empresa do grupo”. No entanto, como referimos já, não deixaremos de sinalizar as situações em que o concreto instrumento de circulação do trabalhador pode ser utilizado fora do perímetro de empresas dos grupos empresariais ou societários.

entre empresas distintas<sup>(31)</sup>. Como se referiu já, o campo de eleição de atuação dessa mobilidade é no âmbito dos grupos societários e empresariais<sup>(32)</sup> e por isso a eles nos referiremos em especial. Todavia, sempre que o mecanismo em causa possa ser utilizado na circulação de trabalhadores entre empresas não inseridas em grupos societários ou empresariais disso daremos notícia.

Não obstante a amplitude de situações suscetíveis de se integrarem no conceito de mobilidade, é possível enquadrá-las numa classificação, com o objetivo de facilitar a sua análise, conjugando o tipo de mobilidade pretendido — definitivo ou temporário — com o respetivo contrato de trabalho<sup>(33)</sup>. Assim, podemos ter *i*) situações de mobilidade estrutural de trabalhador que ocorrem em execução do próprio contrato de trabalho; *ii*) situações de mobilidade temporária do trabalhador que envolvem a suspensão do seu contrato de trabalho; *iii*) situações de mobilidade do trabalhador a título definitivo, com manutenção do contrato de trabalho ou envolvendo a sua cessação e a celebração de novo contrato de trabalho.

#### 4.1. Mobilidade estrutural do trabalhador

A mobilidade estrutural de um trabalhador pode resultar de diversas situações.

---

<sup>(31)</sup> Apesar das múltiplas projeções do fenómeno dos grupos de sociedades no domínio do direito do trabalho é pacífico não ser possível, ainda, falarmos de um “*conceito juslaboral unitário de grupo*” (como refere JOSÉ ENGRÁCIO ANTUNES, *Os grupos de sociedades no direito do trabalho in* “Questões Laborais”, Ano XIX, n.º 39, Janeiro-Junho, 2012, p. 53) ou proceder, com base no direito laboral positivo actual, à qualificação do grupo de sociedades ou de empresas como empregador, dado o art. 10.º do CT reportar explicitamente a posição de empregador à pessoa ou pessoas que sejam a contraparte do trabalhador no contrato de trabalho (assim, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *in Grupos empresariais e societários — Incidências laborais, cit.*, pp. 366 e segs).

<sup>(32)</sup> Como veremos, muitas das formas de circulação de trabalhadores só são possíveis, legalmente, dentro do perímetro de empresas inseridas num grupo societário ou empresarial que utilizem estruturas organizativas comuns.

<sup>(33)</sup> Seguimos, aqui, de perto a classificação adotada e consequente análise das diversas situações feita por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *in “Grupos empresariais e societários. Incidências laborais, cit.*, pp. 473 e segs.

Nuns casos, essa mobilidade resulta do facto de o trabalhador ter celebrado vários contratos de trabalho com diferentes empregadores, assentando a mobilidade numa pluralidade de vínculos laborais ou seja numa situação de pluriemprego.

Noutros casos, a mobilidade decorre da celebração, pelo trabalhador, de um contrato de trabalho com diversos empregadores.

Noutros casos, por último, a mobilidade assenta, como causa legitimante, em cláusula inserida no seu contrato de trabalho ou em convenção coletiva de trabalho aplicável que permita a circulação do trabalhador entre várias empresas do grupo.

Cada uma dessas situações de mobilidade coloca, como veremos, problemas diferentes, a reivindicar soluções também diferenciadas.

#### *4.1.1. A mobilidade do trabalhador decorrente da celebração de vários contratos de trabalho*

Este tipo de mobilidade tanto pode ocorrer entre empresas não ligadas entre si por qualquer vínculo como entre empresas inseridas num grupo empresarial ou societário. Mas, como é evidente, só quando os diversos contratos de trabalho são celebrados com várias sociedades integradas num grupo empresarial ou societário é que esta situação de pluriemprego ganha autonomia e pode ser encarada como uma forma, relevante, de circulação de trabalhadores interempresas.

A possibilidade de um trabalhador celebrar diferentes contratos de trabalho com vários empregadores não pode merecer qualquer espécie de dúvida, pois é decorrência do princípio constitucional da liberdade de trabalho, consagrado no art. 58.º, n.º 1 da CRP.

Mas afirmar a admissibilidade da celebração e coexistência de vários contratos de trabalho entre um mesmo trabalhador e diversos empregadores, não significa que não possam haver constrangimentos, de facto e, digamos, de direito.

Constrangimentos de facto, desde logo, decorrentes da necessidade de articular as diversas prestações laborativas a que o traba-

lhador se vincula nos diferentes contratos de trabalho, no tempo e no espaço<sup>(34)</sup>.

Constrangimentos de direito, impostos pelo respeito do dever de lealdade para com cada um dos empregadores, na manifestação da não concorrência, que leva à necessidade de harmonização ou neutralidade das diversas prestações laborativas entre si. Assim, a atividade desenvolvida pelo trabalhador no âmbito de um contrato de trabalho não pode ser concorrente com a atividade a desenvolver no âmbito do outro contrato de trabalho, salvo se nisso consentirem os diversos empregadores.

As atividades laborativas a realizar pelo trabalhador no âmbito dos diferentes contratos de trabalho e a favor dos diversos empregadores podem ser realizadas de forma simultânea ou alternada<sup>(35)</sup>, para todas ou algumas delas, no mesmo ou em vários locais de trabalho. Necessário é, por ser elemento essencial do contrato de trabalho, que essas atividades laborativas se desenvolvam com subordinação jurídica em relação aos diversos empregadores.

Os diversos contratos de trabalho são independentes entre si, podendo ser de modelos diferentes<sup>(36)</sup>, subordinados, por isso, a requisitos que se têm de se verificar em relação a cada um dos contratos separadamente. Dessa independência decorre, também, que dos mesmos podem derivar direitos ou obrigações diversas<sup>(37)</sup>,

---

<sup>(34)</sup> Como é óbvio, haverá impossibilidade prática de coexistência de diversos contratos de trabalho na titularidade de um mesmo trabalhador se o horário de trabalho for coincidente nas diferentes contratos e as diferentes atividades não puderem ser prestadas de forma simultânea. Do mesmo modo, será impossível a cumulação de vários contratos de trabalho se os locais onde se devem desenvolver as diferentes atividades forem diferentes e distarem entre si de forma significativa. Diferente é saber se poderá haver limites à liberdade de celebração de diversos contratos de trabalho por um mesmo trabalhador norteados por uma intenção de proteção do próprio trabalhador. Pense-se no caso de a jornada diária de trabalho de um trabalhador, por efeitos da celebração dos diversos contratos, ser de, por ex. 18 horas ou o caso de por força dos diversos contratos de trabalho, o intervalo mínimo entre jornadas de trabalho diário ser inferior a 11 horas.

<sup>(35)</sup> Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *in Grupos empresariais...*, cit., p. 478.

<sup>(36)</sup> Assim, o trabalhador pode, por ex., celebrar com um empregador um contrato por tempo indeterminado e com outro um contrato a termo, certo ou incerto, ou a tempo parcial.

<sup>(37)</sup> Nomeadamente a nível remuneratório e mesmo que os diversos empregadores se incluam no mesmo grupo societário ou empresarial.

mesmo se a atividade é similar nos diversos contratos, como a cessação de um não se repercute na vigência dos restantes<sup>(38)</sup>.

Refira-se, por último, que em termos de mobilidade se está em face de uma mobilidade “de facto”, ou seja, de uma deslocação material entre as diversas empresas dos diversos empregadores, em cumprimento pontual de cada um dos contratos de trabalho, independentes entre si, desde a sua formação, durante a sua execução e na sua cessação.

#### 4.1.2. A mobilidade do trabalhador com contrato de trabalho com pluralidade de empregadores

Nos termos do art. 101.º do CT, um trabalhador pode celebrar um contrato de trabalho com diversos empregadores, desde que estes estejam ligados entre si através de relações de participações recíprocas, de domínio ou de grupo ou, simplesmente, meras estruturas organizativas comuns<sup>(39)</sup>.

---

(38) Salvo, eventualmente, no caso de o trabalhador desenvolver atividade, no âmbito de diferentes contratos de trabalho com diversos empregadores inseridos no mesmo grupo societário e a cessação do contrato de trabalho com um dos empregadores se fundamentar na violação do dever de lealdade do trabalhador de tal modo grave e em termos tais que colidam gravemente com os interesses do próprio grupo em que se inserem as empresas em questão. No entanto, esse comportamento, dado a independência dos vínculos laborais, sempre se terá de qualificar como comportamento extra laboral, a implicar a prova de um especial nexo de causalidade entre esse comportamento e a violação dos seus deveres laborais que determinem uma perda irreparável da relação de confiança pressuposta nos deveres laborais. Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *in Grupos empresariais...*, cit., p. 483.

(39) A primeira consagração legal do contrato de trabalho com pluralidade de empregadores aconteceu no Código do Trabalho de 2003 (art. 92.º). O atual Código manteve, no seu art. 101.º, a mesma regulamentação legal. Antes do Código do Trabalho de 2003, a figura do contrato de trabalho era já admitida pela doutrina (neste sentido, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *O equívoco jurisprudencial quanto à (in)admissibilidade do contrato de trabalho com pluralidade de empregador antes do início de vigência do Código do Trabalho — Comentário ao acórdão do STJ de 18-05-2006*, in “Questões Laborais”, Ano XIV, n.º 30, julho-dezembro, 2007, pp. 223 a 244) e pela jurisprudência (vd. acórdão do TRL de 18/02/2009, in <www.dgsi.mj.pt>) e até com um âmbito mais alargado pois não se restringia, como o fez o Código do Trabalho de 2003 e manteve o atual, a empregadores pertencentes ao mesmo grupo ou que utilizem estruturas organizativas comuns.

Trata-se de um contrato de trabalho bilateral, em que uma das partes é constituída por uma pluralidade de empregadores<sup>(40)</sup>.

Através desse contrato o trabalhador obriga-se a prestar a sua atividade, de forma simultânea, alternada ou sucessiva, a vários empregadores, pertencentes a uma coligação societária de relações recíprocas, de domínio ou de grupo ou, fora do contexto societário, que utilizem estruturas produtivas comuns. E é por via deste vínculo plural que se processa a mobilidade do trabalhador no seio das organizações dos seus empregadores.

Este contrato é um contrato formal, sendo obrigatória a sua redução a escrito e, como conteúdo mínimo, devendo conter, para além da identificação, assinatura e domicílio das partes, a indicação da atividade que o trabalhador irá prestar, o local e período normal de trabalho, bem como a indicação do empregador que representará os demais no cumprimento dos deveres e no exercício dos direitos emergentes do contrato, nos termos das alíneas *a)*, *b)* e *c)* do n.º 2 do art. 101.º do CT. No intuito de proteção, principalmente do trabalhador<sup>(41)</sup>, instituiu-se a solidariedade passiva dos vários empregadores pelo cumprimento das obrigações contratuais, podendo, assim, o trabalhador reclamar integralmente os créditos retributivos ou outras prestações em dívida de qualquer dos empregadores, conforme estipulado no n.º 3 do art. 101.º.

Cessando os pressuposto legais da figura, a relação laboral plúrima reduz-se, por imposição do n.º 4 do art. 101.º, a uma relação singular com o empregador indicado, no contrato, como repre-

---

<sup>(40)</sup> E não de um contrato plurilateral. O contrato previsto no art. 101.º do CT dá origem a uma única relação jurídica laboral, estabelecida entre um único trabalhador e uma pluralidade de empregadores, que detêm em contitularidade a posição jurídica de empregador e não a uma multiplicidade de relações jurídicas laborais. Neste sentido, JOSÉ ENGRÁCIO ANTUNES, *Os grupos de sociedades no direito do trabalho*, in “Questões Laborais”, Ano XIX, n.º 39, p. 57, nota 24; JÚLIO VIEIRA GOMES, in *Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 233; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, in *Grupos Empresariais...*, *cit.*, p. 379. Necessário é que exista subordinação jurídica em relação a vários empregadores, conforme é sublinhado no Ac. STJ de 01/04/2009, Proc. 08S254, in <www.dgsi.mj.pt>.

<sup>(41)</sup> Mas não só, pois a responsabilidade solidária dos diversos empregadores estende-se às obrigações de que sejam credores terceiros, como por ex., a segurança social pelas cotizações e contribuições devidas.

sentante dos demais, salvo acordo em contrário<sup>(42)</sup>. Por fim, a violação dos requisitos substanciais ou formais de validade do contrato, definidos nos n.ºs 1 e 2 do art. 101.º, confere ao trabalhador, nos termos do seu n.º 5, o direito de optar pelo empregador a que fica vinculado.

Como se referiu, um dos elementos que deve conter o contrato de trabalho com pluralidade de empregadores é a indicação do local ou locais em que se irá desenvolver a atividade do trabalhador. Essa indicação determinará o perímetro da circulação do trabalhador que, mesmo que abranja várias empresas, nunca extravasará o universo dos seus empregadores<sup>(43)</sup>. Em consequência, definidos os locais do exercício da atividade do trabalhador em benefício dos vários empregadores, em cumprimento do contrato, ficam consolidados os direitos do trabalhador em matéria de inamovibilidade, pelo que a modificação do local ou locais de trabalho fixados no contrato só pode ocorrer mediante a verificação dos requisitos da mobilidade geográfica previstos no art. 194.º do CT, a aplicar quer a mudança envolva um só empregador ou vários empregadores.

#### 4.1.3. Mobilidade do trabalhador no grupo em cumprimento do seu contrato ou ao abrigo de uma cláusula negocial de mobilidade.

Enquadram-se neste tipo de mobilidade as situações de um trabalhador que celebra um contrato de trabalho com um empregador inserido num grupo societário ou empresarial e que, em cumprimento desse contrato, circula pelas outras empresas do grupo.

---

(42) Esta situação só se verifica no caso de o conjunto dos empregadores ficar reduzido a um empregador singular, passando, então, o contrato a subsistir como um contrato de trabalho comum. No caso de um ou vários empregadores saírem da situação de coligação societária ou deixarem de utilizar as estruturas organizativas comuns, o contrato plural mantém-se enquanto se mantiver a pluralidade de empregadores.

(43) Nesta perspetiva, a mobilidade do trabalhador entre as empresas dos seus empregadores, definidos no contrato como locais nos quais o trabalhador deve desenvolver a sua atividade é, ainda, de qualificar como um caso de mobilidade interna. Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *in Grupos empresariais...*, cit., p. 485.

Estes casos podem corresponder a duas situações distintas que, por isso, colocam problemas diferentes a impor soluções também diferenciadas.

Um primeiro tipo de casos engloba as situações em que o trabalhador circula pelas várias empresas do grupo a que pertence o seu empregador, por causa das suas funções e em cumprimento dessas mesmas funções. É o caso, por ex. de um trabalhador que exerce funções numa empresa de auditoria interna ou de manutenção ou reparação de equipamentos de um grupo e que no exercício das respetivas funções de auditoria ou de manutenção ou reparação de equipamentos, circula pelas várias empresas do grupo. É o chamado “*trabalhador itinerante*”.

Este tipo de situações não coloca específicos problemas, dado a circulação do trabalhador pelas várias empresas do grupo em que se insere o seu empregador, se realizar em execução do seu contrato de trabalho e em cumprimento das determinações do seu empregador. A especificidade advém de o seu local de trabalho, por natureza das funções exercidas, ser diluído ou implicar regulares deslocações fora da empresa do seu empregador.

Já coloca específicas questões, desde logo de admissibilidade, a situação do trabalhador que celebra um contrato de trabalho comum com um específico empregador, no qual é inserida uma cláusula de mobilidade que permita ao empregador deslocar o trabalhador para outras empresas do mesmo grupo.

Estas cláusulas de mobilidade são de natureza diversa daquelas a que nos referimos no ponto 3.1. Nestas últimas, a questão reconduz-se a uma mudança, geográfica, do local de trabalho no âmbito da empresa ou empresas do empregador e possibilidade de alargar ou restringir, por via negocial, os parâmetros dessa deslocação.

Nas que agora nos ocupa, a questão é a de deslocar o trabalhador para fora do perímetro da empresa do seu empregador, colocando-o a exercer as funções em outras empresas, da titularidade de entidades que não são o seu empregador. Há, assim, como refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO<sup>(44)</sup> um “*extravasa(r) (d) o*

---

<sup>(44)</sup> *In Grupos empresariais...*, cit., p. 491.

*universo do seu empregador e do correspondente poder de direção, ao abrigo do qual se situaria a ordem de transferência do trabalhador”.*

Não podendo reconduzir-se a situação que ora nos ocupa a uma questão de mudança do local de trabalho, regulada no art. 194.º do CT, por esta se situar, por definição, no âmbito do próprio empregador, acompanhamos a conclusão de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO<sup>(45)</sup> de que a cláusula em apreciação só se pode enquadrar no regime da cedência ocasional de trabalhadores, prevista nos arts. 288.º e segs do CT, valendo a inserção dessa cláusula como consentimento antecipado para essa cedência<sup>(46)</sup>.

A ser assim, ter-se-ão de verificar, para a licitude desta cláusula e conseqüente mobilidade do trabalhador ao seu abrigo, os requisitos de admissibilidade da cedência ocasional de trabalhadores, previstos nos arts. 289.º e 290.º do CT, valendo, como se referiu, a cláusula negocial como consentimento antecipado do trabalhador a essa cedência. Nestes termos, a cláusula de mobilidade em apreciação só será possível relativamente a trabalhador vinculado ao empregador por contrato sem termo, a circulação se verifique entre empresas de sociedades coligadas em relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, ou para entidades que utilizem estruturas organizativas comuns com o empregador, não poderá ter caráter regular mas sim ocasional e não ter uma duração superior a um ano, embora renovável por iguais períodos até um máximo de cinco anos, terá de constar de documento escrito e identificar as possíveis entidades cessionárias.

Fora destas situações, estas cláusulas de mobilidade, inseridas no contrato de trabalho, terão de se considerar nulas, por contrariedade à lei, nos termos do art. 124.º do CT.

---

<sup>(45)</sup> *In Grupos empresariais...*, cit., pp. 491 e 492.

<sup>(46)</sup> *Vd. infra* pp. 34 e 35 os requisitos a que deve obedecer o consentimento antecipado.

#### 4.2. A mobilidade temporária de trabalhadores com suspensão do contrato de trabalho

Estamos em face de mobilidade temporária do trabalhador entre várias empresas. Essa transitoriedade implica que o seu contrato de trabalho se mantém durante o período de circulação para fora da empresa do seu empregador.

Como referimos já, a circulação interempresarial dos trabalhadores ganha autonomia e especial interesse se se processar dentro do perímetro de empresas pertencentes a um mesmo grupo empresarial ou societário e, por isso, para dar expressão a um interesse empresarial, agora alargado a esse grupo. Mas pode, também, realizar um interesse do trabalhador, seja de promover uma outra carreira profissional, integrado em outra empresa, seja de acompanhar uma mudança de local de trabalho, por exemplo de um membro da sua família, mas quer num caso quer noutra sempre sem perder o vínculo contratual com o seu empregador e, por isso, o podendo reativar se e quando o desejar.

No quadro do nosso sistema jurídico são especialmente vocacionados para enquadrar estas situações de mobilidade, a figura da cedência ocasional de trabalhadores e, numa ótica transnacional, o regime do destacamento internacional de trabalhadores. Outras figuras podem, no entanto, realizar o mesmo interesse, como a licença sem retribuição. E, noutra enquadramento, haverá de fazer referência à situação do trabalhador subordinado de uma empresa do grupo que assuma um cargo social noutra empresa do mesmo grupo.

##### 4.2.1. A cedência ocasional de trabalhadores

A cedência ocasional de trabalhadores é o instrumento normativo por excelência de enquadramento da deslocação do trabalhador no seio de um grupo societário ou empresarial<sup>(47)</sup>, durante a execução de um contrato de trabalho comum.

---

(47) Neste sentido, expressamente, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *in Gru-*

É uma figura de largo espectro, pois pode ser utilizada para enquadrar normativamente a deslocação de um trabalhador não só entre empresas pertencentes a uma coligação societária ou a um grupo de sociedades em sentido próprio (art. 289.º, n.º 1, al. b) do CT), como também, fora do contexto societário, entre empresas que utilizem estruturas organizativas comuns (art. 289.º, n.º 1, b) do CT)<sup>(48)</sup>.

Nos termos do art. 288.º do CT “*A cedência ocasional consiste na disponibilização temporária de trabalhador, pelo empregador, para prestar trabalho a outra entidade, a cujo poder de direção aquele fica sujeito, mantendo-se o vínculo contratual inicial*”. Assim, a cedência ocasional consiste num contrato através do qual uma entidade empregadora cede provisoriamente a uma outra determinado trabalhador, conservando, no entanto, o vínculo jurídico laboral que com ele mantém, e, em consequência, a sua qualidade de empregador.

O contrato de cedência ocasional é um contrato bilateral, celebrado entre uma entidade empregadora, como cedente e uma outra empresa, como cessionário. A declaração de concordância do trabalhador, imposta pela al. c) do n.º 1 do art. 289.º do CT, é uma condição de licitude de execução do contrato de cedência relativamente ao trabalhador em causa, mas não o torna parte do contrato de cedência<sup>(49)</sup>.

A cedência ocasional continua a ser enquadrada como um desvio à regra de proibição geral da cedência de trabalhadores para utilização por entidades terceiras que o código proclama, em

---

*pos empresariais...*, cit., p. 497; JOÃO LEAL AMADO, in *Contrato de Trabalho...*, cit., p. 127.

(48) No âmbito do direito público, preveem-se dois tipos de cedência ocasional de trabalhadores: a cedência especial, prevista no art. 9.º da Lei n.º 53/2006, de 7 de dezembro e a cedência de interesse público, prevista no art. 58.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro.

(49) Neste sentido, JÚLIO VIEIRA GOMES, in *Direito do Trabalho... cit.*, pp. 843 e ss.; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, in *Tratado de Direito do Trabalho — Parte II...*, cit., p. 708. Sustentando que a cedência ocasional se dá por força de um negócio trilateral e não bilateral, traduzindo-se o acordo do trabalhador numa declaração de vontade imprescindível para a perfeição do contrato de cedência, JOÃO LEAL AMADO, in *Contrato de Trabalho...*, cit., p.130.

sede de garantias gerais dos trabalhadores, no art. 129.º, n.º 1, al. g)<sup>(50)</sup>.

O Código do Trabalho, nos seus arts. 289.º e 290.º, estabelece as condições de admissibilidade da cedência ocasional, respetivamente, substanciais e formais.

As condições de admissibilidade substanciais são, nos termos do art. 289.º, n.º 1: *i*) estarem os trabalhadores vinculados à entidade cedente por contrato de trabalho sem termo — al. a)<sup>(51)</sup>; *ii*) ocorrer a cedência entre empregadores coligados, em relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, ou entre empregadores que tenham estruturas organizativas comuns — al. b) —; *iii*) acordo do trabalhador — al. c) —; *iv*) ter a duração máxima de um ano, embora renovável, por iguais períodos, até ao máximo de cinco anos — al. d)<sup>(52)</sup>.

O art. 289.º, n.º 2 do CT permite que estas condições de admissibilidade da cedência ocasional, com exceção do necessário acordo do trabalhador envolvido, sejam afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho<sup>(53)</sup>. Claro está que tal não significa que sejam livres esses instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho para estabelecer um regime de cedência oca-

---

<sup>(50)</sup> Explicável pela tradicional desconfiança do direito laboral em relação a fenómenos de mercantilização do trabalho e dos trabalhadores.

<sup>(51)</sup> O que deixa de fora os trabalhadores contratados a termo e os trabalhadores temporários. De ressaltar, porém, que se for cedido um trabalhador a termo, a cedência torna-se ilícita, o que constituirá o trabalhador cedido, ao abrigo do art. 292.º do CT, no direito de optar pela permanência ao serviço do cessionário em regime de contrato de trabalho sem termo. Veja-se, neste sentido, Ac. RC de 10/01/2006 (Proc. n.º 2917/905), <www.dgsi.pt>.

<sup>(52)</sup> Este requisito vinca o caráter estruturalmente transitório e por isso ocasional da cedência. Por outro lado, a lei não impõe uma duração mínima à cedência, que pode, por isso e neste particular, ser livremente fixada pelas partes.

<sup>(53)</sup> O Código de 2009 alterou neste particular o regime da cedência ocasional conforme regulado no Código do Trabalho de 2003, já que neste, o simétrico art. 323.º, não ressaltava o acordo do trabalhador. Por isso, vários autores sustentavam que o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho podia dispensar o acordo do trabalhador (neste sentido, JÚLIO VIEIRA GOMES, *in Direito do Trabalho...*, cit., p. 842; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *in Grupos empresariais...*, cit., p. 501), tanto mais que esse acordo sempre se poderia considerar ter sido dado de forma indireta por o trabalhador ser representado pela associação sindical que outorga a convenção (nesse sentido, a última autora indicada, na obra citada, p. 502, nota 903).

sional de trabalhadores que afaste normas legais imperativas nesta matéria<sup>(54)</sup>, que contrarie princípios laborais fundamentais<sup>(55)</sup> ou que desvirtue os contornos essenciais da figura, como o sejam o seu caráter eventual e transitório.

Uma referência especial ao acordo do trabalhador cedido. Como se referiu já, entendemos que o acordo do trabalhador cedido não traduz uma declaração de vontade imprescindível para a perfeição do contrato de cedência, ou seja, não integra uma declaração negocial num negócio trilateral, mas sim, uma condição de licitude da cedência que o envolva. Daí que a falta desse acordo tornará lícito ao trabalhador recusar-se a obedecer à ordem de transferência, mantendo-se a laborar no âmbito da empresa do seu empregador ou, se a transferência já se tiver efectivado, tornará ilícita a cedência e constituirá, na esfera jurídica do trabalhador, o direito de este optar entre regressar ao serviço do cedente, retomando, em plenitude, o vínculo contratual que o liga ao seu empregador, ou permanecer ao serviço do cessionário em regime de contrato de trabalho sem termo, com a consequente cessação do vínculo contratual que o ligava ao cedente.

Essa declaração de concordância com a cedência tem de constar de documento escrito, seja no próprio contrato de cedência, como será a regra, seja numa declaração autónoma do trabalhador<sup>(56)</sup>.

Que essa declaração de concordância do trabalhador pode ser manifestada em momento posterior à celebração do contrato de cedência entre cedente e cessionário e em documento escrito pró-

---

<sup>(54)</sup> Como por exemplo a sanção para o recurso à cedência ilícita, estabelecida no art. 292.º do CT.

<sup>(55)</sup> Como por exemplo o princípio da igualdade de tratamento entre trabalhadores cedidos e trabalhadores da entidade cessionária, expresso no art. 291.º do CT.

<sup>(56)</sup> Dado que, como sustentamos, a declaração de concordância do trabalhador não é parte integrante do contrato de cedência ocasional, mas condição de licitude da cedência do trabalhador envolvido, não só o contrato de cedência se tem de considerar validamente celebrado entre cedente e cessionário antes ainda e independentemente daquela declaração de concordância como também esta declaração pode ser formalizada em documento escrito diferente daquele contrato. Certo é que inexistindo essa declaração de concordância escrita a cedência do trabalhador em causa será sempre considerada ilícita.

prio, é, pensamos, consequência lógica do entendimento de que o contrato de cedência é um contrato bilateral celebrado entre cedente e cessionário e não um negócio jurídico trilateral no qual o trabalhador intervém como parte. Neste caso, a junção ao contrato de cedência da declaração de concordância do trabalhador corresponderá às exigências de forma impostas, nesta matéria, pelo art. 290.º do CT.

Controverso é, já, se essa concordância à cedência pode ser dada por antecipação, maxime, em cláusula inserta no contrato de trabalho.

Como sustentado já, entendemos ser admissível a cláusula contratual pela qual o trabalhador dê o seu acordo à cedência, ocasional, para outras empresas inseridas no mesmo grupo empresarial<sup>(57)</sup>. Necessário é que essa cláusula e logo a declaração de concordância que encerra, não seja vaga, devendo identificar, desde logo, o perímetro das empresas para as quais se pode processar e os termos dessa futura e eventual cedência, sob pena de ser nula por indeterminação do objeto nos termos do art. 280.º do CC<sup>(58)</sup>.

Quanto a requisitos formais da cedência, o art. 290.º do CT impõe que a cedência seja titulada por acordo escrito entre cedente e cessionário, assinado por ambos e no qual conste a identificação, assinatura, domicílio ou sede das partes, a identificação do trabalhador cedido, a indicação da atividade a prestar pelo trabalhador, a

---

<sup>(57)</sup> Defendendo a admissibilidade de tal cláusula, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, in *Tratado de Direito do Trabalho — Parte II...*, cit., p. 708; PEDRO ROMANO MARTINEZ, in *Direito do Trabalho...*, cit., p. 780. Contra essa possibilidade, JOÃO LEAL AMADO, in *Contrato de Trabalho...*, cit., p. 130; JÚLIO VIEIRA GOMES, in *Direito do Trabalho...*, cit., p. 845; PEDRO MIGUEL FERRAZ, in *A Cedência Ocasional de Trabalhadores no Novo Contrato do Trabalho*, in “Prontuário de Direito do Trabalho”, Janeiro-Abril-Maio-Agosto de 2011, p. 179. Também contra a admissibilidade de tal cláusula se bem que para o direito pregresso, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, in *Da mobilidade dos trabalhadores...*, cit., pp. 197 e segs.

<sup>(58)</sup> É uma posição similar à das cláusulas de mobilidade geográfica, sem esquecer as substanciais diferenças de na mobilidade geográfica se estar a atuar no âmbito de uma mesma empresa e nas situações ora em análise se operar no âmbito de várias empresas distintas, se bem que coligadas. Esta relativa similitude pode fundamentar a limitação, por aplicação analógica do art. 194.º, n.º 2 do CT, do âmbito temporal de validade deste tipo de cláusulas a 2 anos em caso de não aplicação efetiva.

indicação da data de início e duração da cedência e a declaração de concordância do trabalhador, embora esta, como se sustentou, possa ser dada em documento próprio, a juntar a este acordo.

Da violação dos requisitos substanciais e formais da cedência decorre, desde logo, o direito do trabalhador não se conformar com a ordem de cedência, uma vez que esta ofende uma garantia geral, expressa no art. 129.º, n.º 1, al. g) do CT ou, concretizando-se essa cedência, de poder optar, até ao termo da cedência, pela permanência ao serviço do cessionário em regime de contrato de trabalho sem termo, ao abrigo do art. 292.º do CT.

Por último quanto ao regime da cedência, resulta do art. 291.º do CT a sujeição do trabalhador cedido ao poder de direção do cessionário, com a sua integração no seio da organização deste, para efeitos de sujeição às condições de trabalho e às regras de segurança e saúde no trabalho e acesso a equipamentos sociais, de retribuição<sup>(59)</sup>, sem prejuízo da salvaguarda da manutenção de retribuição mais elevada que auferia na empresa cedente, e de férias.

O poder disciplinar continua, por princípio<sup>(60)</sup>, na titularidade do cedente, só este podendo pôr termo ao contrato de trabalho.

Cessando o acordo de cedência ocasional ou em caso de extinção da entidade cessionária ou de cessação da atividade para o qual foi cedido, o trabalhador, de acordo com o n.º 2 do art. 290.º do CT, regressa ao serviço do cedente, mantendo os direitos que tinha antes da cedência, cuja duração conta para efeitos de antiguidade.

#### 4.2.2. Suspensão do contrato de trabalho e a celebração de novo contrato de trabalho

Apesar de a cedência ocasional de trabalhadores ser, sem margem para dúvidas, o instrumento privilegiado para enquadrar as

---

<sup>(59)</sup> O dever de pagamento da retribuição tanto pode caber ao cedente como ao cessionário, nos termos fixados no acordo de cedência.

<sup>(60)</sup> O poder disciplinar pode ser transmitido, no âmbito do acordo de cedência, ao cessionário, com exceção do poder de aplicação da sanção máxima de despedimento, pois, neste caso, o seu exercício implica a disponibilidade sobre a manutenção do vínculo contratual laboral e essa disponibilidade só cabe ao cedente, enquanto empregador.

situações de mobilidade interempresarial, sem pôr em causa o contrato de trabalho na empresa de origem, certo é que essa mobilidade pode ocorrer por outras vias, no exercício do princípio geral da liberdade contratual, consagrado no art. 405.º do CC.

Uma dessas vias é a utilização da figura da licença sem retribuição, regulada no art. 317.º do CT.

Pensada para dar resposta a motivos de interesse pessoal do trabalhador<sup>(61)</sup>, certo é que nada impede que possa ser utilizada num contexto de mobilidade, temporária, entre empresas, inseridas ou não em grupos societários.

Nos termos do art. 317.º, n.ºs 1 e 4, do CT, a licença sem retribuição tem por base um acordo entre empregador e trabalhador e determina a suspensão do contrato de trabalho, nos termos do art. 295.º do CT. Assim, a licença sem retribuição envolve a suspensão dos direitos e deveres principais das partes e dos deveres acessórios integrante dos deveres principais, mas não dos deveres acessórios autónomos, como o dever de lealdade ou o dever de respeito do trabalhador, cuja violação durante a suspensão constitui infração disciplinar, nos termos gerais, cabendo ao empregador exercer o poder disciplinar correspondente, apesar da suspensão e podendo levar, mesmo, à cessação, por despedimento, do contrato de trabalho. Por isso, se bem que durante o período de licença sem retribuição, o trabalhador possa celebrar novo contrato com outro empregador, certo é que esse novo contrato de trabalho não pode implicar a violação desses deveres acessórios autónomos, *maxime*, o dever de lealdade, na manifestação do dever de não concorrência, sob pena de cometimento de infração disciplinar, com todas as consequências.

E é esse novo contrato de trabalho, celebrado entre o trabalhador e a outra empresa, a fonte legitimadora da circulação do trabalhador para essa outra empresa. Contrato esse sujeito à regulamentação específica do tipo contratual escolhido, totalmente autónomo<sup>(62)</sup> relativamente ao contrato em regime de suspensão,

---

<sup>(61)</sup> Daí que o art. 317.º do CT expressamente acentue o facto de a licença sem retribuição decorrer de um pedido do trabalhador.

<sup>(62)</sup> E é nessa autonomia do novo contrato relativamente ao vínculo laboral de que o trabalhador é titular e que se encontra suspenso que reside a grande diferença com a

consequência da licença sem retribuição, com ele convivente em regime de pluriemprego.

#### 4.2.3. O destacamento internacional de trabalhadores

Apesar de tradicionalmente tratado a propósito da mobilidade dos trabalhadores, agora a nível transnacional, certo é que o destacamento internacional de trabalhadores não corresponde a um novo mecanismo de mobilidade de trabalhadores. Corresponde sim a um regime aplicável a trabalhadores destacados internacionalmente, ou seja, a trabalhadores que desenvolvem a sua atividade num Estado-Membro da União Europeia diferente daquele onde está sediado o seu empregador, ao abrigo de uma das situações de mobilidade previstas na lei e com o objetivo pragmático de estabelecer os pressupostos de aplicação do regime tutelar desses trabalhadores nas específicas matérias elencadas nas diversas alíneas do n.º 1 do art. 7.º do CT.

Assim, os arts. 6.º e 8.º do CT, determinam a aplicação imediata das normas de proteção previstas no art. 7.º do CT, respetivamente a trabalhador contratado por empregador estabelecido noutra Estado-Membro da União Europeia que presta a sua atividade em território português e a trabalhador contratado por uma empresa estabelecida em Portugal que presta atividade no território de outro Estado-Membro da União Europeia, prestação de atividade essa realizada em execução de contrato entre o empregador e o beneficiário dessa atividade, mantendo-se o trabalhador sob a autoridade e direção do empregador ou em estabelecimento do mesmo empregador ou de empregador com aquele coligado societariamente ou, por fim, em execução de um contrato de tra-

---

figura da cedência ocasional de trabalhadores. É que nesta, é o próprio contrato que constitui o suporte do acordo de cedência entre o cedente e cessionário, existindo e mantendo-se um único empregador — a entidade cedente — que subsiste durante o período de cedência, se bem que com os seus poderes laborais reduzidos, mas que reassume a integralidade desses poderes finda essa cedência. Já na licença sem retribuição, a mobilidade é consequência da celebração de um novo contrato de trabalho celebrado pelo trabalhador com um novo empregador, beneficiário da atividade laborativa, nos termos desse contrato.

balho temporário. Com ressalva, no entanto, de regimes mais favoráveis constante da lei aplicável ao contrato, ou previsto no próprio contrato.

Nestes termos é irrelevante a razão de ser ou o ato que permita ou legitime, no âmbito da ordem jurídica de origem do trabalhador, o seu destacamento para a aplicação daquelas regras de tutela. Na ordem jurídica portuguesa, esse ato legitimador ter-se-á de se enquadrar nas regras do art. 194.º do CT, se se tratar de uma deslocação entre empresas do mesmo empregador ou nas situações que vimos a tratar, no caso de destacamento para empresas terceiras relativamente ao empregador.

#### 4.2.4. A suspensão do contrato de trabalho para assunção de um cargo social numa empresa do grupo

A última situação de suspensão do contrato de trabalho como condição para a mobilidade entre empresas é o caso de um trabalhador de uma empresa do grupo que é chamado a desempenhar um cargo social de administração noutra empresa do mesmo grupo.

Rege nesta matéria o art. 398.º do Código das Sociedades Comerciais que, nos seus n.ºs 1 e 2, dispõe “1 — Durante o período para o qual foram designados, os administradores não podem exercer, na sociedade ou em sociedades que com esta estejam em relação de domínio ou de grupo, quaisquer funções temporárias ou permanentes, ao abrigo de contrato de trabalho, subordinado ou autónomo, nem podem celebrar quaisquer desses contratos que visem uma prestação de serviços quando cessarem as funções de administrador. 2 — Quando for designado administrador uma pessoa que, na sociedade ou em sociedades referidas no número anterior, exerça qualquer das funções mencionadas no mesmo número, os contratos relativos a tais funções extinguem-se, se tiverem sido celebrados há menos de um ano antes da designação, ou suspendem-se, caso tenham durado mais do que esse ano”.

Resulta, assim, das regras do art. 398.º do CSC que estas abarcam situações tanto presentes como futuras e se aplicam não só no

universo de uma sociedade anónima singular como também no universo das sociedades coligadas de domínio ou de grupo, conforme enunciadas no art. 482.º *c*) e *d*) e disciplinadas nos arts. 486.º e 488.º, todos do mesmo CSC.

No âmbito do presente estudo só nos interessa o conteúdo das suas regras na perspetiva da sua aplicação às situações de coligação societária de domínio e de grupo.

As regras do art. 398.º, n.º 1 do CSC que proíbem a acumulação das funções de administração com a celebração de contratos de trabalho ou de serviços para terem efeitos durante a vigência do vínculo de administração ou, mesmo, após a sua cessação, radicam a sua justificação no dever geral de não concorrência dos administradores para com a sociedade ou no âmbito do grupo societário, utilizando os seus poderes em proveito próprio, bem como na necessidade de evitar que através da celebração de um contrato de trabalho seja torneado o regime de cessação, em princípio livre, do vínculo de administração substituindo-o pelo regime, assumidamente garantístico, do contrato de trabalho, protegendo-se o administrador, por antecipação, das consequências daquele regime.

E porque a possibilidade de utilização de tal expediente também existe num contexto de grupo se compreende a sua extensão às situações de coligação societária nesse artigo enunciadas.

Da regra do n.º 2 do art. 398.º do CSC resulta a caducidade ou suspensão do contrato de trabalho de que seja titular o trabalhador que assuma cargo de administração, consoante esteja em vigor, respetivamente, há menos ou há mais de um ano<sup>(63)</sup>. Esta

---

(63) O Tribunal Constitucional, nos seu Acórdão n.º 1018/96, de 9/10/1996 (publicado no DR de 13/2/96, II Série) julgou formalmente inconstitucional o n.º 2 do art. 398.º do CSC, na parte em que considera extintos os contratos de trabalho, subordinados ou autónomos, celebrados há menos de um ano contado da data de designação de uma pessoa como administrador e a sociedade ou as sociedades que com aquela estejam em relação de domínio ou de grupo, por ofensa da al. *d*) do art. 55.º e da al. *a*) do art. 57.º, ambos da CRP, na versão operada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, pois considerou que esse n.º 2 do art. 398.º do CSC veio acrescentar uma nova causa de caducidade do contrato de trabalho e por isso se integrava no conceito de “legislação do trabalho” para a qual é necessária a participação das estruturas representativas dos trabalhadores, o que se não

regra vale não só no universo de uma sociedade anónima singular, como também no universo das sociedades coligadas. No entanto, a sua justificação terá de ser diferenciada nas duas situações. É que se no âmbito de uma sociedade anónima singular esse regime se justifica pela incompatibilidade genética entre as funções de trabalhador subordinado e de administrador, por não poder a mesma pessoa cumular as qualidades de trabalhador subordinado e de empregador, porque não pode subordinar-se a si mesmo, já no âmbito dos grupos societários essa mesma justificação não pode atuar por se tratar de entidades juridicamente independentes aquelas em que o trabalhador desempenha a sua atividade laborativa em regime de subordinação e aquela outra onde vai desempenhar as funções de administração. Assim, nestas situações a justificação da proibição só pode buscar-se na possibilidade de influência de uma sociedade sobre as outras sociedades do grupo e, por via, disso, na possibilidade de utilização do poder de gestão em benefício próprio, ou seja, no risco de no exercício das suas funções de administração numa sociedade, o trabalhador poder beneficiar-se a si próprio enquanto trabalhador na outra sociedade.

Mas se é essa a justificação material da inibição de cumulação de um cargo de administrador numa sociedade do grupo com o de trabalhador subordinado noutra sociedade do mesmo grupo, então essa *ratio* leva à redução do seu campo de aplicação aos casos de designação de um trabalhador subordinado de uma sociedade dominada para administrador da sociedade dominante, pois só nestas situações é que o agora administrador poderá, no exercício das suas funções de administração, beneficiar-se a si próprio, enquanto trabalhador da outra sociedade. Na situação inversa, ou seja, no caso de trabalhador subordinado na empresa dominante ser nomeado administrador na sociedade dominada, esse risco de auto benefício não existe ou não é relevante por inexistência de poder de influência

---

verificou. No mesmo sentido da inconstitucionalidade formal e com os mesmos fundamentos se pronunciou o STJ no seu Acórdão de 22/10/97 (publicado nos Acórdãos Doutrinários do STA, ano XXXVII, março de 1998, pp. 406 e segs) e no seu Acórdão de 7/03/2007 (publicado na Coletânea de Jurisprudência (STJ), 2007, I, pp. 276 e segs.

da sociedade dominada da qual é administrador na gestão da sociedade dominante na qual é trabalhador subordinado<sup>(64)</sup>.

### 4.3. A mobilidade a título definitivo

A terceira categoria de mobilidade interempresarial de trabalhadores engloba as situações de transferência definitiva de um trabalhador para outra empresa. Como se referiu a propósito da mobilidade temporária, mas agora num âmbito mais amplo, estas transferências de trabalhadores tanto podem acontecer entre empresas coligadas como entre empresas entre as quais não exista qualquer ligação juridicamente relevante. No entanto, como a propósito afirmamos, é no universo dos grupos societários e empresariais que tal tipo de mobilidade ganha autonomia e interesse.

Na prática, este tipo de transferência definitiva de trabalhadores tem sido processado através da figura da cessão da posição contratual e da cessação do contrato de trabalho original seguida de nova contratação com a nova empresa. De âmbito diverso, mas provocando o mesmo efeito de transferência, agora coletiva, de trabalhadores de um empregador para outro empregador, temos a transmissão da empresa, do estabelecimento ou da unidade de negócio.

#### 4.3.1. A mobilidade através da cessão da posição contratual de empregador

Em termos gerais, a figura da cessão da posição contratual, disciplinada nos arts. 425.º a 427.º do CC, corresponde a uma modificação subjetiva do negócio jurídico por substituição de um

---

<sup>(64)</sup> Sustentando esta redução teleológica da regra do art. 298.º, n.º 2 do CSC, expressamente MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *in Grupos Empresariais...*, cit., p. 525 e segs. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU sustenta, pelas mesmas razões, a interpretação restritiva do preceito (*in Governação das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina 2010, p. 68).

dos contraentes, com o consentimento do outro e sem alteração do conteúdo do negócio.

Aplicada ao contrato de trabalho, por força da cessão da posição contratual do empregador opera-se uma transferência definitiva do trabalhador do âmbito da organização empresarial do primitivo empregador para a organização empresarial do novo empregador. Esta transferência do trabalhador, por essa via, tanto pode ser utilizada por empresas por qualquer modo ligadas como por empresas sem qualquer ligação entre si, se bem, como se disse, seja no âmbito das empresas coligadas que maior campo de aplicação tem por os estreitos laços entre as empresas do grupo facilitarem a sua aplicação.

Tem a vantagem de, promovendo a substituição de um empregador por outro, com a conseqüente transferência do trabalhador da organização do primitivo empregador para a do seu substituto, manter a continuidade do vínculo contratual na esfera do trabalhador e com o mesmo conteúdo. Assim, operada a transmissão da posição contratual do empregador no contrato de trabalho, o trabalhador não só conserva na nova empresa o estatuto que detinha na empresa de origem, como não vê interrompida a contagem da antiguidade. Por sua parte, o novo empregador assume todos os direitos e deveres detidos pelo anterior empregador, que assim, desaparece do vínculo contratual<sup>(65)</sup>.

Como se referiu, do art. 424.º, n.º 1, do CC resulta a necessidade de acordo do trabalhador para se poder transmitir a posição contratual de empregador<sup>(66)</sup>. O n.º 2 do art. 424.º do CC permite que esse consentimento possa ser dado antecipadamente ao negó-

---

<sup>(65)</sup> Mesmo os deveres já consolidados e vencidos, como sejam créditos remuneratórios. Assim, operada a cessão da posição contratual, o trabalhador só poderá exigir o cumprimento desses créditos remuneratórios do novo empregador, sem prejuízo da aplicação do regime de responsabilidade solidária das sociedades de um grupo pelos créditos laborais, estabelecido no art. 334.º do CT, ou de cláusula de garantia do cumprimento das obrigações transmitidas, inserida no negócio transmissivo, ao abrigo do art. 426.º, n.º 2, do CC.

<sup>(66)</sup> O acordo do trabalhador é essencial não só para garantir a regularidade da cessão da posição contratual como também para permitir ao trabalhador aferir, no caso, se as condições da mesma não ferem o seu estatuto laboral que se pretende manter.

cio transmissivo. Aplicado ao contrato de trabalho, esse art. 424.º, n.º 2 do CC abre a possibilidade de o consentimento do trabalhador poder ser dado por antecipação, *maxime*, no próprio contrato de trabalho. Vale aqui o que dissemos a propósito da cedência ocasional: a cláusula que traduza esse assentimento não pode ser vaga mas, agora com maior acuidade por se tratar de uma transferência definitiva, deve identificar de um modo completo e esclarecido, os elementos do eventual e futuro negócio transmissivo, designadamente, a identidade do novo empregador<sup>(67/68)</sup>.

#### 4.3.2. A transmissão de empresa, estabelecimento ou unidade de negócio

Noutro plano, implicando uma transferência coletiva e definitiva dos trabalhadores que nela prestam atividade, surge a transmissão de empresa, estabelecimento ou unidade de negócio, regulada no art. 285.º do CT.

Nestas situações, a transferência dos trabalhadores é consequência não de um negócio específico que a tenha por conteúdo, mas sim consequência de um negócio de transmissão da empresa ou estabelecimento onde prestam a sua atividade.

E essa transferência decorre por mero efeito da lei, nos termos do art. 285.º do CT, pelo que se reconduz a um caso de sub-rogação legal.

Por isso, nestes casos, prescinde a lei do consentimento dos trabalhadores envolvidos<sup>(69)</sup>, trabalhadores esses que, por princí-

---

<sup>(67)</sup> Neste sentido MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *in Grupos Empresariais...*, *cit.*, pp. 540 e segs. Admitindo, também, a inclusão de uma cláusula no contrato de trabalho a permitir a cessão da posição contratual, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, *in Da mobilidade dos trabalhadores...*, *cit.*, p. 217.

<sup>(68)</sup> Inultrapassável dado o caráter *intuitus personae* do contrato de trabalho. E se esse caráter *intuitus personae* pode não ser posto em causa na cedência ocasional, dado o seu caráter temporário e a manutenção do contrato de trabalho com o empregador original, na cessão da posição contratual por implicar uma substituição, definitiva, do empregador está irremediavelmente em causa.

<sup>(69)</sup> Questão diversa é saber se os trabalhadores envolvidos na transferência se

pio<sup>(70)</sup>, são todos aqueles que desenvolviam atividade na empresa, no estabelecimento ou unidade de negócios transmitidos.

Refira-se, por último, que o adquirente da empresa, estabelecimento ou unidade económica transmitida, toma a posição de empregador a partir dessa aquisição, assumindo, em consequência, todos os direitos e deveres detidos pelo anterior empregador, que assim, desaparece do vínculo contratual, sem prejuízo, nos termos do n.º 2 do art. 285.º do CT, da manutenção, durante o ano seguinte à data da transmissão, da sua responsabilidade, agora solidária com o novo empregador, pelas obrigações, nomeadamente remuneratórias, vencidas até à data da transmissão.

#### 4.3.3. A cessação do contrato de trabalho e a celebração de novo contrato com novo empregador

Uma forma prática e corrente de transferência de trabalhador no âmbito de um grupo é promover a cessação do contrato com o primitivo empregador e a consequente celebração de novo contrato de trabalho com a nova entidade empregadora.

Para o novo empregador tem a vantagem, dado tratar-se de um novo contrato, de quebrar com o estatuto que o trabalhador detinha no anterior empregador, particularmente relevante nos direitos de formação sucessiva, decorrentes da antiguidade. Para o trabalhador, a desvantagem desta situação, encontra-se nos antípodas da referida vantagem para o empregador<sup>(71)</sup>.

Por isso, haverá que se estar particularmente atento na análise, casuística, destas situações para aferir se se não trata de um expe-

---

podem opor a essa transferência. Claro está que esse direito de oposição do trabalhador não poderá ser equacionado como podendo impedir o negócio de transmissão da empresa, estabelecimento ou unidade de negócios, mas sim unicamente, como um direito a resolver o contrato com justa causa.

<sup>(70)</sup> Ressalvando o n.º 4 do art. 285.º do CT aqueles trabalhadores que antes da transmissão o transmitente transfira para outro estabelecimento ou unidade económica, nos termos do art. 194.º, mantendo-os ao seu serviço.

<sup>(71)</sup> Nada impede, porém, que, por acordo, no novo contrato se considere a antiguidade decorrente do contrato anterior.

diente, em fraude à lei, de contornar a proibição do empregador, expressa no art. 129.º, n.º 1, al. j), do CT, de fazer cessar o contrato e readmitir o trabalhador, mesmo com o seu acordo, com o propósito de o prejudicar em direito ou garantia decorrente da antiguidade<sup>(72)</sup>.

---

<sup>(72)</sup> Por esta razão, CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, defende que se deve considerar a antiguidade decorrente do anterior contrato de trabalho, nos casos em que o novo contrato de trabalho seja celebrado com empresa do mesmo grupo, *in Da mobilidade dos Trabalhadores...*, *cit.*, p. 239.

## Bibliografia

- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2010.
- AMADO, JOÃO LEAL, *Contrato de Trabalho — À luz do novo Código do Trabalho*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 2011.
- BATISTA, ALBINO MENDES, *Transferência de local de trabalho*, in “Questões Laborais, Ano VI, 199”, pp. 196 a 212.
- \_\_\_\_\_, *Notas sobre a mobilidade geográfica dos trabalhadores*, in “VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho”, pp. 25 a 40.
- \_\_\_\_\_, *A mobilidade geográfica dos trabalhadores — Alguns pontos críticos*, in “IX Congresso Nacional de Direito do Trabalho”, pp. 141 a 158.
- CARVALHO, CATARINA DE OLIVEIRA, *Da mobilidade dos Trabalhadores no âmbito dos grupos de empresas nacionais*, Porto, 2001.
- \_\_\_\_\_, *A mobilidade geográfica dos trabalhadores no Código do Trabalho*, in “VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho”, pp. 41 a 80.
- \_\_\_\_\_, *O equívoco jurisprudencial quanto à (in)admissibilidade do contrato de trabalho com pluralidade de empregadores antes do início de vigência do Código do Trabalho — Comentário ao acórdão do STJ de 18-05-2009*, in “Questões Laborais”, Ano XIV, n.º 30, julho/dezembro, 2007, pp. 223 a 244.
- GOMES, JÚLIO VIEIRA, *Direito do Trabalho*, Volume I — “Relações Individuais de Trabalho”, Coimbra Editora, 2007.
- FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *Direito do Trabalho*, 16.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2012.
- FERRAZ, PEDRO MIGUEL, *A Cedência Ocasional de Trabalhadores no Novo Código do Trabalho*, in “Prontuário de Direito do Trabalho”, Janeiro-Abril-Maio-Agosto de 2011, pp. 169 a 195.
- MARTINS, PEDRO FURTADO, *Efeitos da aquisição de empresas nas relações de trabalho*, texto disponibilizado no âmbito do curso de pós-graduação em direito do trabalho e de processo de trabalho, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 2009/2010.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito do Trabalho*, 5.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2010.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho anotado*, 9.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2013.

- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho — Parte II — Situações Laborais Individuais*, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2012.
- , *Grupos Empresariais e Societários. Incidências Laborais*, Almedina, 2008.
- VASCONCELOS, JOANA, *Sobre a protecção da vítima de violência doméstica no Direito do Trabalho português*, in “Revista de Direito de Estudos Sociais”, Ano LI, n.º 1-4, Janeiro-Dezembro, 2010, pp. 103 a 134.
- VICENTE, JOANA NUNES, *Cláusulas de mobilidade geográfica: vias de controlo possíveis*, in “Questões Laborais”, Ano XIII, 2006, pp. 61 a 90.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA N.º 14/2014

Acordam em conferência no Pleno das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça:

ARTUR FERNANDO PINTO LEITE, PEDRO JORGE PINTO LEITE E DINA MARIA DINIS ALVO DA SILVA, interpuseram recurso extraordinário para fixação de jurisprudência do Ac. da Relação de Guimarães, de 1 de Julho de 2013, transitado em julgado, proferido no Proc. n.º 171/12.3TAFLG.G1, em que se decidiu, após revogação do despacho da M.<sup>a</sup> JIC, desobediência, p. e p. pelo art. 348.º, n.º 1, b), do CPP, por, em inquérito, sob o n.º 220/10. O TAFLG, por crime de falsificação de documento, se terem recusado a participar na diligência de prova de recolha de autógrafos, ordenada pelo M. P., que os advertiu da prática daquele crime, em caso daquela recusa.

Em oposição com este mostra-se o Ac. da Rel. Porto, de 28.7.2009, proferido no Proc. n.º 0816480, também transitado em julgado, onde se sentenciou que num inquérito por crime de falsificação de documento é ilegítima a ordem emanada do M.P. no sentido de o arguido escrever pelo seu próprio punho determinadas palavras para posterior perícia à letra, com a cominação de, não o fazendo, incorrer em crime de desobediência.

Decidida com trânsito, neste STJ, a oposição de julgados, que se mantém, o recurso prosseguiu seus regulares termos, alegando,

---

(\*) Rec. n.º 171/12.3taflg.g1 — A.S1. Diário da República n.º 203/2014, Série I de 2014-10-21.

na sequência, o Ex.<sup>mo</sup> Procurador Geral-Adjunto neste STJ e os recorrentes, de cujas conclusões consta:

1.º — Artur Fernando Pinto Leite, Pedro Jorge Pinto Leite e Dina Maria Dinis Alvo da Silva arguidos no processo n.º 171/12.3 TAFLG.G1, cujo recurso correu termos na Secção Penal do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, não podendo conformar-se com o Acórdão de fls. daqueles autos, proferido, em conferência, por aquele Tribunal, que julgou procedente o recurso interposto pelo Ministério Público que teve por objecto a decisão instrutória proferida pela Exma. Juiz de Instrução Criminal, do 3.º Juízo, do Tribunal Judicial de Felgueiras, e por conseguinte revogou o despacho de não pronúncia anteriormente proferido, promovendo a sua substituição por outro que, dessa feita, pronunciou os arguidos pelos factos constantes da acusação, interpuseram e prosseguiu RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA para o VENERANDO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, porquanto do mesmo Acórdão, proferido a 1 de Julho de 2013, não é admissível recurso ordinário e encontra-se em manifesta oposição — no domínio da mesma legislação, sobre a mesma questão fundamental de direito — com outro proferido pela Venerável Relação do Porto, no âmbito do processo n.º 6480/08-1, datado de 28 de Janeiro de 2009, publicado em <www.dgsi.pt> (N.º Convencional JTRP00042100), transitado em julgado, não existindo jurisprudência fixada por este Venerando Tribunal, da orientação perfilhada no Acórdão ora em crise.

2.º — Pugnou o acórdão de que se recorre — proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães — pela tese de que devem os recorrentes ser pronunciados pelo crime de desobediência, p. e p, pelo art. 348.º, n.º 1, al. b), do CP, por, em inquérito por crime de falsificação de documento, terem recusado participar na diligência de prova de recolha de autógrafos ordenada pelo M.P.

3.º — Entendeu o Tribunal da Relação de Guimarães que a ordem emanada pelo Ministério Público — órgão central da fase de inquérito no processo penal — é legítima. Tomando, assim, como ilegítima, a recusa protagonizada pelos recorrentes, comi-

nando-a, conseqüentemente, na prática de um crime de desobediência p. e p. pelo art. 348.º, n.º 1, al. b), do CP.

4.º — A decisão recorrida interpretou e aplicou erradamente os arts. 60.º e 61.º, n.º 1, al. d), e n.º, 9 al. d), os arts. 171.º a 173.º e 125.º e 126.º, todos do C.P.P. e o art. 348.º do C.P.

5.º — Julgou o Venerável Tribunal da Relação do Porto no acórdão fundamento, em sentido oposto, decidindo que “Num inquérito por crime de falsificação de documento, é ilegítima a ordem dada pelo magistrado do Ministério Público ao arguido no sentido de escrever pelo seu punho determinadas palavras, com vista a posterior perícia à letra com a cominação de que, não o fazendo, comete um crime de desobediência”.

6.º — Nesse sentido, decidiu aquele tribunal que, nestes casos, a ordem emanada pelo M.P, é ilegítima e bem assim a cominação decorrente da recusa daquela.

7.º — A decisão fundamento do presente, interpretou e aplicou correctamente os mesmos arts. 60.º e 61.º, n.º 1, al. d), e n.º 3, al. d), arts. 171.º a 173.º e 125.º e 126.º, todos do C.P.P, art. 348.º do C.P.

8.º — As diligências de prova a que o arguido se encontra obrigado são apenas aquelas que se encontram especificadas na lei, conforme previsto nos arts. 60.º e 61.º, n.º 3, alínea d), do Código de Processo Penal, e das quais não resulta a recolha de autógrafos.

9.º — Se o arguido não é obrigado à recolha, não poderá ser sancionado, muito menos acusado, pela prática de um crime de desobediência, quando recusa a feitura da mesma.

10.º — Ainda que se entenda que a recolha de autógrafos, apesar de não especificada, se enquadra no art. 61.º, n.º 3, al. d), do C.P.P., assim como qualquer outra diligência de prova não especificada, não pode a mesma ter por finalidade a extorsão de declarações ou de quaisquer actos processuais que não sejam expressão da vontade livre do arguido, sob pena da violação, entre outros, do art. 61.º, n.º 1, al. d), do C.P.P.

11.º — Ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação (*nemo tenetur*), através do exercício do direito ao silêncio ou do direito a não facultar meios de prova.

12.º — A acusação no processo criminal deverá provar a sua tese contra o acusado sem o recurso a elementos de prova obtidos através de métodos opressivos com desrespeito pela vontade deste.

13.º — A cominação em análise (em crime de desobediência a recusa na participação em diligência de prova de recolha de autógrafos) invade, sem dúvida, o campo da inadmissível auto-incriminação coerciva e encontra-se bem longe dos exames, revistas, aca-reações ou reconhecimentos, admissíveis mesmo se coactivamente impostos.

14.º — No caso concreto, era exigido aos recorrentes um comportamento preciso, uma acção específica, tal procedimento contende, efectivamente, com o seu direito à não auto-incriminação.

15.º — Pelo que é ilícito impor aos arguidos, em abstracto, a realização duma conduta probatória para a qual a lei não realizou previsão específica, porquanto aquela conduta ordenada pelo M.P. (a realização de autógrafos) depende exclusivamente da vontade e liberdade daqueles, configurando a imposição uma violação do princípio *nemo tenetur*.

16.º — Mais apresenta-se também como violadora daquele princípio a cominação de que o não acatamento daquela ordem os constituiria, como constituiu, autores de um crime de desobediência.

17.º — Pelo que, por maioria de razão, será lícita a recusa que deu origem quer aos autos do acórdão fundamento quer aos do acórdão recorrido, porquanto a ordem de recolha de autógrafos tem a mesma natureza que a prestação de declarações, como tal, os arguidos têm o direito de se recusar a cumpri-la, nos mesmos moldes e com as mesmas razões que lhe permitem eximir-se a responder a perguntas sobre a matéria de acusação, sem que, com tal atitude, cometam um crime de desobediência.

18.º — Assim, deve ser fixada jurisprudência pelo STJ no sentido de que «NUM INQUÉRITO POR CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO, É ILEGÍTIMA A ORDEM DADA PELO MAGISTRADO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO ARGUIDO NO SENTIDO DE ESCREVER PELO SEU PUNHO DETERMINADAS PALAVRAS, COM VISTA A POSTERIOR PERÍCIA À LETRA COM A COMINAÇÃO DE QUE, NÃO O FAZENDO, COMETE UM CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.» e

resolvido o conflito no sentido da prevalência da doutrina do acórdão fundamento.

Concluindo no seu parecer, o Ex.<sup>mo</sup> Procurador Geral Adjunto, neste STJ, ao abrigo do art. 442.º, n.º 2, do CPP, disse:

1 — Em Inquérito tendo em vista a investigação do crime de falsificação de documento, a ordem dada ao arguido para recolha coerciva de autógrafos tem de ser ponderada à luz do seu direito de defesa, constitucionalmente tutelado (art. 32.º da CRP), bem como do respeito pela sua dignidade pessoal, reflectido no preceito contido no art. 61.º, n.º 3/d) do CPP e tendo designadamente em conta a sua repercussão no exercício do direito à não auto-incriminação, direito este que lhe é conferido como corolário lógico do princípio da presunção de inocência e do direito ao silêncio.

2 — A controvérsia sobre o exacto conteúdo e extensão do princípio do direito à não auto-incriminação, mormente no que diz respeito à possibilidade de utilização do arguido como meio de prova — quer por declarações quer por sujeição a outras formas de obtenção de prova —, tem de ser dirimida pela via da compatibilização ou concordância prática dos interesses em jogo, com salvaguarda dos direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente e apelo ao princípio da necessidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP).

3 — O acto de recolha de autógrafos por parte de alguém que assumiu já o estatuto de arguido tem subjacente a imposição àquele do dever de colocar em papel a sua própria escrita.

4 — Essa inserção escrita de determinadas palavras num suporte de papel mais não configura do que a elaboração, *ex novo* — porque ao tempo inexistente —, de um documento, feito com a colaboração activa do arguido e, se não consentido, contra a vontade deste.

5 — Por outro lado, para além de esse acto de recolha não constituir em si mesmo uma perícia, mas apenas um acto preparatório, de recolha/colheita de elementos (amostras de escrita manual) que a viabilize, a colaboração activa do arguido é determinante para que, no respectivo processo, se disponha de elementos

capazes de servir de base a essa perícia, sendo que esta, se desfavorável ao arguido, poderá vir a se usada contra si como meio de prova.

6 — Não pode por isso deixar de concluir-se, neste quadro, que a colaboração activa imposta ao arguido tendo em vista a obtenção, “*ex novo*”, de elementos que não existam independentemente da sua vontade — a produção pelo seu punho de amostras de escrita manual — colide com o seu direito à não auto-incriminação.

7 — O Tribunal Constitucional (TC), em sintonia aliás com a linha de orientação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), vem firmando jurisprudência no sentido de que o direito ao silêncio comporta o direito de o arguido não prestar declarações e de não colaborar na recolha de elementos de prova que o incriminem, salvo se permitidos por lei que preveja a sua obtenção de forma coerciva ou sem o seu consentimento, tudo nos termos pressupostos pelos arts. 18, n.º 2, 25.º e 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º do CPP, e desde que não fira de forma desproporcional ou intolerável os seus direitos e garantias de defesa. O que vale por dizer que só não ocorre a violação do direito de não auto-incriminação quando são utilizadas em processo penal evidências que podem ser obtidas do acusado mediante o recurso a poderes coercivos, desde que previstas em lei prévia à prática dos factos.

8 — Ora, e ao contrário do que sucede por exemplo com a obrigatoriedade de submissão a exames de alcoolemia ou de pesquisa de substâncias psicotrópicas no domínio rodoviário, tal como de sujeição a exames no âmbito das perícias médico-legais quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, normativamente previstas (arts. 152.º e 153.º do Código da Estrada e 6.º da Lei n.º 45/2004, de 29 de Agosto), nem no actual Código de Processo Penal, nem em legislação processual penal avulsa, existe qualquer disposição legal expressa que regule particularmente esta específica recolha de amostras de escrita e, assim, imponha ao arguido a obrigação de para esse efeito se sujeitar ao dever de prestação de autógrafos.

9 — A conjugação do complexo normativo decorrente dos arts. 60.º, 61.º, n.º 3/d) e 172.º, n.º 1, todos do CPP, pressupõe que

o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei, pelo que deles se não pode, evidentemente, retirar o dever ou a especificação que nos mesmos está subentendida. Como diz o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 155/2007, a tentativa de extrair daqueles preceitos do CPP a norma de habilitação para a realização dos exames que agora estão em causa assenta no vício lógico de dar por demonstrado o que se pretende demonstrar. Dito de outra forma: o art. 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que prescreve a possibilidade de realização coactiva dos exames que sejam devidos (i.e., que a autoridade judiciária competente possa determinar e, conseqüentemente, que o arguido tenha o dever de suportar), pressupõe — mas não permite fundamentar — o dever de o arguido se sujeitar a um concreto tipo de exame. E o mesmo acontece com o art. 61.º, n.º 3, alínea *d*), quando estatui que recai especialmente sobre o arguido o dever de se sujeitar a diligências de prova especificadas na lei.

10 — Nos termos e para os efeitos da previsão típica cominada no art. 348.º, n.º 1, do Código Penal, a obediência *devida* a uma ordem pressupõe que a mesma seja *legítima*, isto é, que não contrarie o ordenamento jurídico no seu todo.

11 — Inexistindo no quadro normativo vigente qualquer preceito legal que credencie a possibilidade de imposição ao arguido em processo penal do dever de, para os apontados fins, produzir autógrafos, não pode deixar de concluir-se pela *ilegitimidade da ordem* que, com ou sem cominação, lhe seja dada nesse sentido. Nesse caso o arguido não faltou à obediência *devida* que a ordem pressupõe.

12 — De resto, sendo único desiderato da diligência em causa a obtenção de elementos de prova em processo penal, é evidente que só uma recolha de autógrafos que seja minimamente fiável se mostra susceptível e adequada à possibilidade de cumprimento da sua função que é, no caso, a de sustentar uma perícia que, em termos de prova, dentro da fiabilidade cientificamente possível, possa levar a um maior ou menor grau de certeza.

13 — Só que o acto de produzir genuínos e verdadeiros autógrafos traduz-se inexoravelmente numa prestação *pessoal*, intimamente ligada a uma vontade intelectual/mental do arguido. Pelo

que em caso de recusa, não sendo possível aferir e/ou controlar essa veracidade ou genuidade no momento da respectiva recolha, segue-se que se não vislumbra que tenha justificação bastante o dispêndio de meios, humanos e materiais, para a realização de actos processuais à partida anódinos para a consecução dos fins a que se destinam. E, como é sabido, a lei veda sempre a prática de actos inúteis (art. 130.º do CPC).

14 — Quadro em que, e à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional supra citada, não pode deixar de ser posta em causa a legitimidade dessa concreta restrição de direitos do arguido, por se tratar de uma diligência à partida não adequada ao resultado que com ela se visa obter.

15 — Ademais, a própria evolução legislativa da matéria em apreço só pode apontar no mesmo sentido: não podendo o legislador ignorar, como é evidente, o regime normativo do CPP/29, que revogou e substituiu pelo do CPP/87 [arts. 1.º e 2.º do DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro], o certo é que optou, nesta parte, por não introduzir neste último corpo normativo preceito de alcance idêntico ao do anterior art. 195.º [do CPP/29], que previa e regulava expressamente o exame em causa, cominando a respectiva recusa com o crime de desobediência qualificada.

\*\*\*

Propõe-se, pois, que o Conflito de Jurisprudência existente entre os acórdãos da Relação de Guimarães, de 1 de Julho de 2013, proferido pela respectiva Secção Penal no Processo n.º 171/12.3 taflg.G1, e da Relação do Porto, de 28 de Janeiro de 2009, proferido pela 1.ª Secção no âmbito do Processo n.º 6480/08 — 1.ª, seja resolvido nos seguintes termos:

«Em inquérito em cujo âmbito se investigue a prática de um crime de “falsificação de documento”, a recusa do arguido no cumprimento de uma ordem para produzir autógrafos com vista à subsequente realização de exame pericial de escrita manual, não integra a prática do crime de desobediência, da previsão da alínea *b*) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal,

mesmo que lhe tenha sido feita a correspondente cominação ali prevista».

O teor da argumentação dos acórdãos em confronto:

**Sobre o acórdão recorrido:**

O Ac. do STJ, de 10.1.2005, disponível em <<http://www.dgsi.pt/stj>>, entende que o direito ao silêncio do arguido, abrange, apenas, o interrogatório substancial do mérito, ou seja a factualidade integradora da acusação e as declarações sobre ela prestadas e a questão da culpabilidade, que comporta excepções como a resultante da al. d) do n.º 3 do art. 61.º, do CPP, e o dever de responder com verdade às perguntas feitas pela entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais.

São visíveis na doutrina duas concepções sobre o direito ao silêncio, uma de extensão minimalista, restringindo o silêncio à prova por declarações e sobre os factos imputados e outra, de âmbito maximalista, defendendo que o arguido se não acha obrigado a fornecer prova por declarações, proibição extensiva à prova documental ou qualquer outra.

Segundo LARA SOFIA PINTO, in *Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido — Prova Criminal e Direito de Defesa*, Almedina, 119, o direito ao silêncio, distinto do direito à não auto-incriminação, componentes do princípio “*nemo tenetur se accusare*”, não são absolutos, são passíveis de restrições, à luz daquelas concepções.

Haveria que distinguir, na visão maximalista, entre a não sujeição a provas que impliquem um comportamento activo, caso das declarações, entrega de documentos, etc, de participação auto-incriminatória do arguido, e a participação que importe um comportamento passivo, de sujeição do arguido a diligências probatórias, por exclusão da aplicação do princípio.

Outra posição, não comportando restrições, faz impender sobre o arguido a sujeição a todo o tipo de provas, com os limites do art. 126.º, do CPP, sendo o autógrafa um exame, admitido nos arts. 171.º a 173.º, do CPP, não proibido no art. 125.º, do CPP.

Ao M.º P.º, em inquérito, incumbe a realização do exame em causa, para perseguição penal, que não pode ser entravada pelo arguido, não se englobando aquela diligência entre os exames atribuídos, em inquérito, à autorização do juiz — art. 172.º, do CPP, sobre características físicas “intrusivas“, colheitas de sangue, urina, saliva, cabelo, fluídos, passíveis de ofensa ao pudor das pessoas, etc, ou psíquicas.

Aderindo a esta visão mais ampla, relevando a competência do M.P. para ordenar o exame, em nome do imprescindível valor da tutela dos valores penalmente relevantes, por isso a ordem que emanou em inquérito, confirmada pela Relação, em discordância da proferida pela M.ª Juiz, é conforme à lei, e, por se mostrarem preenchidos os pressupostos objectivos e subjectivos do crime de desobediência, ilaccionou que a recusa em prestar os autógrafos esse crime configura, apoiando-se na doutrina em SOFIA SARAIVA DE MENEZES, *in o Direito ao Silêncio — a verdade por trás do Mito*, Almedina, pp. 118 e 119.

### **Sobre o acórdão fundamento:**

O arguido tem o dever de se sujeitar a diligências de prova, nos termos do disposto nos arts. 60.º e 61.º, n.º 3/d), do CPP, devendo, no entanto, entender-se que este dever não abrange todo e qualquer tipo de prova (art. 125.º CPP), mas apenas as diligências de prova que estejam “*especificadas na lei*”, sendo que a recolha de autógrafos se não mostra como tal normativamente especificada.

De resto, e pelo menos no caso concreto, não estava o Ministério Público impedido de, em alternativa, providenciar pela obtenção de documentos manuscritos pelo arguido, através da sua prévia apreensão, mormente, e se necessário, com recurso a buscas devidamente autorizadas, ordenando subsequentemente, com base neles, a realização da perícia à escrita. O que vale por dizer, pois, que a recolha de autógrafos, sendo embora a via mais fácil, não era a única via à disposição do Ministério Público para obtenção daquele desiderato.

A exigência de que esteja especificada na lei não se basta com a previsão genérica contida na mencionada alínea *d*) do n.º 3 do

art. 61.º do CPP, sob pena de, como pode ler-se no Ac. do TC n.º 155/2007, se pretender «dar por demonstrado o que se pretende demonstrar». Ademais, se todos os casos de recusa de submissão a diligências de prova devessem merecer a censura típica do crime de desobediência, o legislador tê-lo-ia previsto expressamente naquele segmento normativo [alínea *d*) do n.º 3 do art. 61.º], bastando para tanto acrescentar à sua respectiva previsão a expressão: “*sob cominação de incorrer no crime de desobediência em caso de recusa ou não cumprimento*”.

A recolha de autógrafos implica uma acção positiva do arguido que não se confunde com o mero tolerar passivo da actividade de terceiro.

Por razões de política criminal, cominou o legislador — com o crime de desobediência ou outra incriminação específica — a recusa ou oposição à submissão a determinadas diligências probatórias (por ex., a submissão às provas para detecção de álcool no sangue), não tendo feito idêntica opção para a recolha de autógrafos, tal como, aliás, também para os casos de sujeição a exame nos termos do art. 172.º, e/ou da submissão a perícia nos termos do art. 154.º, n.º 2, ambos do CPP, isso só pode significar que, na ponderação dos interesses em equação, decidiu o legislador, no exercício da sua liberdade de conformação, excluir da tutela penal a conduta do arguido que recuse tal colaboração com a investigação.

O arguido goza do estatuto de sujeito processual e não pode ser transformado em meio ou em objecto de prova contra si próprio, motivo pelo qual lhe foi conferido o direito de não contribuir para a sua própria incriminação, designadamente por via do exercício do direito ao silêncio.

Sem disposição expressa que imponha a recolha de autógrafos coactiva e que sancione a recusa como desobediência, fazer-lhe uma tal cominação atenta contra o princípio da legalidade.

O direito de não prestar declarações envolve qualquer tipo de linguagem (oral, gestual, escrita) e/ou qualquer forma de comunicar, sendo portanto compreensível e adequada a equiparação entre a recusa a prestar autógrafos e o exercício do direito de não prestar declarações, quer oralmente quer por escrito, de forma directa ou indirecta.

A questão a dirimir prende com a de saber se em inquérito pela prática de um crime de “falsificação de documento”, a recusa do arguido no cumprimento de uma ordem para escrever pelo seu punho certas palavras, com vista à subsequente realização de exame pericial de escrita manual, pode ou não fazê-lo incorrer, feita que seja a devida cominação, na prática de um crime de desobediência, da previsão da alínea b) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal.

Nesse exercício, há desde logo que começar por evidenciar que a redacção actual do citado preceito [art. 348.º do Código Penal] é a resultante da revisão operada pelo Decreto-Lei 48/95, de 15 de Março<sup>(1)</sup>.

De forma a que não se desarmasse a Administração Pública de poder dar eficácia às suas ordens/decisões, foi ponderada a necessidade de *«restringir o âmbito de aplicação do artigo pois é excessivo proteger desta forma toda a ordem»*.

A propósito da sua respectiva estrutura típica anota CRISTINA LÍBANO MONTEIRO<sup>(2)</sup> que *«só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade donde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou mandado desse tipo, torna-se indispensável (...) que lhe seja regularmente comunicado»*. E esclarece mais adiante a mesma autora<sup>(3)</sup> que a ordem da autoridade ou funcionário *«deve caber dentro das atribuições funcionais próprias ou delegadas de quem a profere: naquele momento, naquela matéria e para aquele lugar»*.

---

(1) Na versão originária do mesmo Código, aprovada pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, o crime em causa estava normativamente densificado no art. 388.º, cujo n.º 1 previa que *«quem faltar à obediência devida a ordem ou mandado legítimo que tenham sido regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente será punido com prisão até um ano e multa até 30 dias»*.

O n.º 2 do mesmo preceito, por seu turno, estabelecia que *«A mesma pena será aplicada se uma outra disposição legal cominar a pena de desobediência simples»*.

(2) Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, tomo II, Coimbra Editora, 2001, p. 351.

(3) Obra citada, p. 356.

Do mesmo modo, e sobre a estrutura típica deste ilícito penal, também Paulo Pinto Albuquerque<sup>(4)</sup> diz que, citamos, «*a ordem e o mandado são legítimos quando não contrariam a ordem jurídica no seu todo*», e que «*a autoridade e o funcionário são competentes quando têm o poder legal para proferir a ordem ou o mandado*».

Mas não basta desobedecer a uma ordem emanada por funcionário ou autoridade competente para que se cometa o crime de desobediência. É ainda necessário que esse dever de obediência tenha como fonte uma disposição legal [*alínea a*)] ou, na ausência desta, que a autoridade faça a correspondente cominação [*alínea b*)].

Feitas estas considerações sobre a actual estrutura típica do aludido preceito, e estando em causa no caso *sub judice* a questão de saber se comete o crime em causa o arguido que, em sede de inquérito por crime de falsificação de documento, não obedece a uma ordem, regularmente comunicada, para produzir autógrafos com vista à ulterior realização de exame pericial de escrita manual, a respectiva resposta está dependente desta outra, prévia, de indagar se tal ordem é ou não legítima. Sendo que só no caso de ser legítima, lhe será devida obediência. Ou seja, no caso concreto, a legitimidade da ordem é que constituirá elemento definitivo para a qualificação da conduta desobediente como crime.

A ordem será legítima se, como já vimos, ela não contrariar o ordenamento jurídico no seu todo. Pelo que se impõe começar por avaliar se a ordem dada ao arguido para, coercivamente, produzir autógrafos é ou não conforme ao ordenamento jurídico. Conformidade essa que, tal como o fizeram aliás os arestos aqui em oposição, tem de colocar-se desde logo precisamente no campo dos direitos e deveres processuais normativamente conferidos ao arguido pelo nosso ordenamento jurídico processual penal.

Como é sabido, e ao contrário do que sucedia no domínio de vigência do Código de Processo Penal de 1929, que assentava numa estrutura basicamente inquisitória, o modelo actual, introdu-

---

<sup>(4)</sup> *Comentário do Código Penal*, 2.<sup>a</sup> ed. actualizada, Universidade Católica Editora, 2010, pp. 912 e 914.

zido a partir da revisão operada pelo DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, veio conferir ao arguido o estatuto de sujeito processual.

E daí que, sob a epígrafe: “*Posição processual do arguido*”, a lei processual densifique a consagração desse estatuto ao prescrever no seu art. 60.º que, citamos (com sublinhados nossos):

*«Desde o momento em que uma pessoa adquire a qualidade de arguido é-lhe assegurado o exercício de direitos e deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei».*

Esta condição de sujeito processual confere-lhe pois, dando aliás corpo ao comando constitucional contido no art. 32.º da Constituição da República, entre outros, o direito de defesa e o direito à presunção de inocência.

Tal como ensina Figueiredo Dias<sup>(5)</sup>, a presunção de inocência *«assume reflexos imediatos sobre o estatuto do arguido enquanto “meio” processual — seja enquanto objecto de medidas de coacção, seja enquanto meio de prova»*. E chama a atenção de que este princípio, *«ligado agora directamente ao princípio — o primeiro de todos os princípios constitucionais — da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade (...). Só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constituir objecto do processo»*<sup>(6)</sup>.

A esta luz, há que dizer então que a resposta ao problema que nos ocupa, relativo à possibilidade de imposição ao arguido do dever de produzir autógrafos, não pode deixar de equacionar-se precisamente nesta sede: a da preservação da sua dignidade pessoal enquanto sujeito do processo.

Esse respeito pela dignidade da pessoa do arguido está reflectido no art. 61.º do CPP, em cujo n.º 3, alínea *d*), se prescreve que o

---

<sup>(5)</sup> *Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 27.

<sup>(6)</sup> *Obra cit.*, pp. 27 e 28.

arguido goza, em especial, do direito de *não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar.*

Ou seja, dá-se efectividade ao direito do arguido ao silêncio, direito este que está ligado ao seu direito de não colaborar na sua própria incriminação.

É através da vertente do direito ao silêncio que se consagra e manifesta no nosso ordenamento jurídico o princípio do direito à não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*)<sup>(7)</sup>, já que este último, ao contrário do que sucede noutros ordenamentos jurídicos, não tem tutela expressa na CRP<sup>(8)</sup>.

Não é, todavia, objecto de controvérsia, na jurisprudência e na doutrina, que o princípio em causa tem consagração constitucional implícita<sup>(9)</sup>. Como também ensina o Professor COSTA ANDRADE<sup>(10)</sup>, a vigência deste princípio afigura-se “*unívoca*” sendo «*decisiva, desde logo, a tutela jurídico-constitucional de valores ou direitos fundamentais como a dignidade humana, a liberdade de acção e a presunção de inocência, em geral referenciados como matriz jurídico-constitucional do princípio*».

A indiscutível importância e reconhecimento do direito à não auto-incriminação está também reflectida em textos internacionais como é o caso da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6.º) e do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 14.º).

Não obstante a referida inexistência de controvérsia sobre a tutela constitucional do princípio ao direito à não auto-incriminação, sempre têm surgido dúvidas sobre o seu exacto conteúdo e extensão, designadamente no que diz respeito à possibilidade de utilização do arguido como meio de prova [quer através das suas

---

(7) Também designado por *privilege against self-incrimination*.

(8) FIGUEIREDO DIAS, COSTA ANDRADE e FREDERICO COSTA PINTO, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, 2009, p. 39.

(9) Neste sentido, ver-se AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não-Inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) No Processo Penal e Contra-Ordemacional Portugueses*, Coimbra Editora, 2009, p. 19.

(10) *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 125.

declarações, quer por via da sua sujeição a outras formas de obtenção de prova, tal como os exames].

O professor COSTA ANDRADE reconhece, aliás, que essas dúvidas se adensam tanto mais quanto nos aproximamos da «*zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objecto de medidas de coacção ou meios de prova. Nesta zona cinzenta deparam-se, não raramente, situações em que não é fácil decidir*»<sup>(11)</sup>.

Importará por isso, no apontado contexto, dar breve resenha da forma como a doutrina e a jurisprudência têm dado densidade interpretativa ao dito princípio do direito à não auto-incriminação.

Permitimo-nos para tanto começar por convocar aqui o estudo elaborado pela Sr.<sup>a</sup> juiz JOANA COSTA<sup>(12)</sup>, assessora do Tribunal Constitucional, em cujo âmbito, e através da “*análise cruzada*” à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, esta Exma magistrada conclui ser possível identificar, expressa ou implicitamente, nesta jurisprudência «*um conjunto de critérios normativos e operativos (...) que, quanto ao princípio nemo tenetur, densificam e concretizam as proposições de carácter geral, relativamente vago e até por isso consensual*».

Considera ainda a autora do citado estudo, sobre este princípio, que daquela jurisprudência resulta que «*o direito à não auto-incriminação relaciona-se, em primeira linha, com o respeito pela vontade da pessoa do acusado em permanecer em silêncio e (...) não abrange já a utilização, em processo penal, de elementos susceptíveis de serem obtidos do acusado através do exercício de poderes compulsivos, contando que a respectiva existência seja independente da vontade do suspeito, tais como documentos apreendidos em buscas, amostras de sangue ou de urina e tecidos corporais para testes de ADN*».

No que respeita ao direito ao silêncio por seu turno, a violação do princípio «*pode ser desencadeada, quer pela decisão que sanciona o visado por não ter prestado declarações, quer pela consi-*

---

<sup>(11)</sup> *Ob. cit.*, p. 127.

<sup>(12)</sup> *O Princípio Nemo Tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Revista do Ministério Público, ano 32, 128, Outubro-Dezembro 2011.

*deração em julgamento de declarações anteriormente prestadas sob coerção, mas já não pela regular atendibilidade do silêncio do acusado no âmbito de juízos probatórios de inferência nos casos em que o acusado haja sido expressamente advertido de tal possibilidade».*

E, por outro lado, *«o privilégio da não auto-incriminação é aplicável à obtenção coerciva de prova documental através da colaboração activa do acusado, ainda que se trate de documentos preexistentes ou pré-constituídos e, portanto, que não careçam de ser produzidos na sequência da intimação ou por causa dela».*

Pode concluir-se portanto, à luz do referido estudo, que perante a jurisprudência que vem sendo firmada pelo TEDH, fica comprometida a utilização, em processo penal:

- De elementos de prova que, através de poderes compulsivos, se obtenham do acusado e que não existam sem a sua vontade;
- De prova documental obtida do acusado através da sua colaboração activa, através de poderes compulsivos, quer os documentos já existam aquando da intimação quer sejam produzidos na sequência desta;
- De declarações prestadas pelo acusado sob coerção.

E o Tribunal Constitucional, quando chamado a pronunciar-se sobre questões que se prendam com esta problemática, tem vindo a convocar para as respectivas decisões a jurisprudência do TEDH. Assim sucedeu por exemplo no caso apreciado no Acórdão n.º 155/2007, de 02 de Março, em cuja fundamentação, fazendo-se alusão precisamente ao acórdão Saunders v. Reino Unido, no seguimento dessa jurisprudência, bem como da doutrina de Gomes Canotilho consubstanciada em parecer junto aos respectivos autos<sup>(13)</sup>, se considerou que *«o direito à não auto-incriminação se*

---

<sup>(13)</sup> Pode ler-se, com efeito, nesse Acórdão n.º 155/2007 do TC que *«Gomes Canotilho, no parecer que o ora recorrente juntou aos autos (...), depois de dar conta que “a doutrina dominante e uma boa parte da jurisprudência nacional e internacional de direitos humanos tem entendido que a presunção de inocência do arguido abrange apenas*

*refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de ADN».*

Considerou-se ainda que *«essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado.*

*Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação».* E daí que nesse caso concreto tenha decidido o Tribunal Constitucional que não viola o princípio da não auto-incriminação a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético quando este tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita.

Mais recentemente, no acórdão n.º 418/2013, de 15 de Julho, do mesmo Tribunal, fazendo-se mais uma vez alusão ao caso Saunders v. Reino Unido, chama-se a atenção para o facto de ali ter sido considerado que *«o direito à não auto-incriminação não se estende à utilização, num processo criminal, de meios de prova que possam ser obtidos do arguido e que existam independentemente da sua vontade, por exemplo, recolha de amostras de sangue».*

Nessa conformidade, decidiu-se também que a recolha de amostra de sangue, em condutor incapaz de prestar ou recusar o seu consentimento, para detecção do grau de alcoolemia, não implica uma violação do direito à não auto-incriminação. Isto porque, como aí se disse, essa recolha, para além de constituir a *«base para uma mera perícia de resultado incerto»* não contém *«qual-*

---

*o direito a permanecer calado e a beneficiar da existência de uma dúvida razoável, não impedindo a recolha de material biológico para efeitos de análise de DNA” (...), conclui precisamente que “a presunção de inocência do arguido abrange apenas o direito a permanecer calado e a beneficiar da existência de uma dúvida razoável, não impedindo a recolha de material biológico para efeitos de análise de DNA”».*

*quer declaração ou comportamento activo do examinando no sentido de assumir factos conducentes à sua responsabilização».*

Da jurisprudência do TEDH e do TC resulta pois, com meridiana clareza, que é dada particular relevância ao critério da dependência ou independência da vontade do arguido. Como vimos, seguindo tal critério, não fica comprometida a utilização, no processo penal, de elementos de prova que se obtenham do acusado, através de poderes compulsivos, *desde que existam independentemente da sua vontade*. Isto é, a obtenção de tais elementos, nessas condições, não viola o princípio da não auto-incriminação.

Já na doutrina, por outro lado, não pode deixar de convocar-se aqui, sobre a matéria em causa, a opinião de AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS<sup>(14)</sup>, na medida que estes autores, criticando uma concepção demasiado restritiva do princípio da não auto-incriminação<sup>(15)</sup>, explicam o modo como, em seu entender, se deve definir o conteúdo e alcance do princípio *nemo tenetur*, ao mesmo tempo que fazem o enfoque desta matéria com a jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Segundo eles, e reconhecendo embora que é complexo o âmbito de validade do princípio e que ele se vai relativizando e ficando dependente de concordância prática *«à medida que nos afastamos de concretizações nucleares como o direito ao silêncio ou à não entrega de documentos íntimos»*, aderem à concepção de DWORKIN e de ALEXY segundo a qual *«o Dasein dos princípios é em colisão com outros e o modo de dirimir essa colisão é, não através de um critério all or nothing, mas por meio de uma compatibilização ou concordância prática que visa aplicar todos os princípios colidentes, harmonizando-os entre si na situação concreta»*<sup>(16)</sup>.

Nesse quadro, *«quando um princípio, direito ou garantia, é superior a outro de acordo com critérios de relevância constitucio-*

---

(14) *O Direito à Não Auto-Inculpação...*, pp. 22 a 34.

(15) VÂNIA COSTA RAMOS, na RMP, n.º 108, ano 27, Out-Dez, p. 133, refere que *«este direito não deve ser entendido na sua máxima amplitude, de recusa de qualquer forma de cooperação com a justiça, mas sim como o direito a não colaborar para a sua própria incriminação, querendo com isto significar-se o direito a não ser obrigado a fornecer prova da própria culpabilidade, quer testemunhal, quer real, quer documental»*.

(16) *O Direito à Não inculpação...*, p. 23.

*nal e não é possível na situação concreta salvaguardar alguns aspectos do princípio inferior; nesse caso, é permitido o sacrifício deste último. As ponderações envolvidas na resolução da colisão de princípios podem ser realizadas tanto pelo juiz, no caso concreto, como pelo legislador, para uma constelação ou grupo de casos»<sup>(17)</sup>.*

Não deixam no entanto de criticar um critério que se baseie na dependência ou independência da vontade do indivíduo, isto na medida em que este deixa de fora do princípio *nemo tenetur* «*prestações pessoais exigidas sob ameaça de sanção, mas independentes da vontade do sujeito, que não passam por uma elaboração espiritual da sua parte*»<sup>(18)</sup>. Ou seja, o princípio ficaria praticamente cingido às declarações orais.

Consideram, pois, que «*a imposição forçada de fornecer prova e de assim contribuir para a auto-incriminação, pela compressão que provoca ao nível dos direitos à integridade pessoal, à privacidade e a não fornecer elementos auto-incriminatórios, só se justifica se do seu lado estiverem em jogo direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente*»<sup>(19)</sup>.

Daí que, no que respeita por exemplo à sujeição ao teste de alcoolemia considerem que a sujeição a este dever reside «*não numa «manobra» conceptual, estribada num critério duvidoso, que coloca a situação fora do alcance do nemo tenetur, mas no elevado valor social e constitucional dos bens jurídicos que com aqueles deveres se pretendem proteger*»<sup>(20)</sup>.

Os citados autores, considerando que este seu raciocínio está suportado na fundamentação do Acórdão 155/2007<sup>(21)</sup> do TC, aplaudem o facto de tal aresto ter resolvido bem «*o problema do ponto de vista metodológico*. Ou seja, ter reconhecido que é necessário aferir a grandeza do que se pretende tutelar com a restrição feita, aludindo-se à indispensabilidade de se apelar «*à ponderação*

---

<sup>(17)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, pp. 23 e 24.

<sup>(18)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 24.

<sup>(19)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 25.

<sup>(20)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 25.

<sup>(21)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 27.

*de bens e ao princípio da proporcionalidade consagrado no n.º 2 do art. 18.º da CRP»*<sup>(22)</sup>:

Contudo, já quanto à ponderação valorativa, não deixam de criticar o facto de aquela decisão não ter incluído o princípio *nemo tenetur* entre os princípios afectados pela colheita coactiva de material orgânico, com o fundamento de que *“o direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo...o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito»*<sup>(23)</sup>.

Concluem assim que aparentemente o TC, no caso concreto, se poderia ter baseado numa concepção restritiva do princípio *nemo tenetur*, fazendo uma menos adequada ponderação valorativa da questão na medida em que *«revela uma disponibilidade quase ilimitada para admitir que o arguido seja transformado em banco de prova e exclui expressamente o nemo tenetur, em nome de uma concepção restritiva que limita praticamente o alcance do princípio às declarações orais e ao direito ao silêncio»*<sup>(24)</sup>.

Sufragam, em suma, o entendimento no sentido de que *«o direito a não prestar declarações contra si mesmo constitui a realização-mor do nemo tenetur»*; mas chamam a atenção para que *«o princípio possui uma área menos central ou mais periférica, intervindo sempre que alguém é levado a contribuir para a sua própria auto-incriminação, por isso, que a sua amplitude não depende de critérios centrados na distinção entre conduta activa e tolerância passiva ou na distinção entre dados dependentes e não dependentes da vontade do sujeito, esta última proveniente da jurisprudência do TEDH»*<sup>(25)</sup>.

Aqui chegados, tem de ter-se por adquirido que é precisamente no âmbito do princípio atinente ao direito à não auto-incriminação que podem suscitar-se dúvidas sobre a legitimidade da

---

<sup>(22)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 29.

<sup>(23)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 29.

<sup>(24)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 30.

<sup>(25)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 32.

ordem dada ao arguido para produzir autógrafos sob pena de a respectiva recusa o fazer incorrer na prática do crime de desobediência. O mesmo é dizer sobre a questão de saber se a imposição daquele dever viola ou não o direito do arguido à não auto-incriminação.

É esta questão que, de seguida, nos propomos equacionar e enfrentar.

Nesse desiderato, há que começar por evidenciar que, em bom rigor, o acto de recolha de autógrafos por parte de alguém que assumiu já o estatuto de arguido tem subjacente a imposição àquele do dever de colocar em papel a sua própria expressão escrita.

Essa inserção escrita de determinadas palavras num suporte de papel mais não configura do que a elaboração de um documento<sup>(26)</sup>, ao tempo inexistente, elaboração essa feita com a colaboração activa do arguido e na sequência da intimação nesse sentido.

Por outro lado, para além desse acto de recolha não constituir, em si mesmo, uma perícia<sup>(27)</sup>, mas apenas um acto preparatório, de recolha, de colheita de elementos (amostras de escrita manual) que a viabilize, certo é que a colaboração activa por parte do arguido é, nesse caso, determinante para que, no processo, se disponha de elementos capazes de servir de base a essa perícia. E esta, caso venha a ser desfavorável ao arguido, poderá ser usada contra si enquanto meio de prova.

---

<sup>(26)</sup> Vide art. 255.º alínea a), do Código Penal.

<sup>(27)</sup> Como anota a este propósito o Sr. Desembargador Cruz Bucho, Presidente da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Guimarães, in *Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto-incriminação*, estudo publicado no sítio da Internet daquele Tribunal, citamos, «A recolha de autógrafos ou, na impressiva terminologia brasileira, a colheita de padrões gráficos, não é, pois, uma perícia. A recolha de autógrafos reveste natureza instrumental: é um acto preparatório, de recolha, de colheita de elementos (amostras de escrita manual) com vista à realização de uma perícia, de um exame pericial. [...] Conforme foi justamente assinalado nos trabalhos preparatórios da revisão do CPP, recorda-se que a noção de exame prevista na lei não se confunde com a etimologia da palavra, tratando-se antes de um conceito normativo. Nesta perspectiva e à semelhança do que sucede noutras situações, nomeadamente com a recolha de amostras biológicas ou com a colheita de impressões digitais também a recolha de amostras de escrita manual, mediante a recolha ou colheita de autógrafos, reveste a natureza de um exame por via do qual se recolhem indícios relativos às pessoas que cometeram o crime (art. 171.º, n.º 1)».

E não se diga que tais autógrafos, à partida, não constituem mais do que uma base para uma perícia de resultado incerto<sup>(28)</sup>. Evidentemente que um tal raciocínio só seria verdadeiro na perspectiva dos outros sujeitos processuais, mas não do arguido. Em especial, no caso de este poder ser, efectivamente, o autor da letra que consta no documento cuja perícia se pretende.

Não pode assim deixar de concluir-se, neste quadro e também à luz da supra citada jurisprudência do TC e do TEDH — [e isto tanto na perspectiva daquilo que tem sido defendido em relação ao não dever de entrega de documentos produzidos na sequência da intimação, como em relação à colaboração activa do arguido em relação a elementos que não existam independentemente da sua vontade] — que a imposição ao arguido no sentido de, contra a sua vontade, produzir pelo seu punho “amostras de escrita manual”, colide com o seu direito à não auto-incriminação.

Mas tendo em conta que a nossa lei fundamental não proíbe em absoluto, como já vimos, a restrição legal de certos direitos, liberdades e garantias, será que a recolha de autógrafos aqui em causa pode ainda ser incluída no âmbito dos casos em que a lei admite uma restrição àquele concreto direito?

A nossa resposta, diga-se desde já, vai no sentido negativo. Vejamos porquê.

Como pode ler-se no já citado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, citamos de novo, «*da vasta jurisprudência constitucional sobre a matéria decorre, em síntese, que qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i)for autorizada pela Constituição (art. 18.º, n.º 2, 1.ª parte); (ii)estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado (art. 18.º, n.º 2, 1.ª parte e 165.º, n.º 1, alínea b); (iii)visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (art. 18.º, n.º 2, in fine); (iv)for necessária essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse objectivo (art. 18.º, n.º 2, 2.ª parte); e (v) tiver carácter geral e abstracto, não tiver efeito retroactivo e*

---

(28) De que fala o TC no Acórdão 155/2007, em relação à recolha de saliva.

*não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (art. 18.º, n.º 3), da Constituição».*

Ora, quanto à exigência de credenciação constitucional para legitimar uma restrição de direitos, importa desde logo ter presente o disposto no art. 18.º, n.º 2 da Constituição, nos termos do qual *«a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».*

Sendo certo que inexistente norma expressa que permita a restrição do direito à não auto-incriminação, será oportuno convocar aqui o que, sobre a dimensão normativa do citado preceito, diz o Tribunal Constitucional, mormente naquele aresto n.º 155/2007, em cujo texto pode ler-se que, citamos, *«uma primeira leitura deste preceito poderia sugerir que aqueles direitos fundamentais, como é o caso de alguns preceitos dos que agora estão em causa (por exemplo o direito à integridade física), para os quais a própria Constituição não prevê expressamente a possibilidade de restrições legais, seriam pura e simplesmente insusceptíveis de ser restringidos».*

E, tal como a própria doutrina<sup>(29/30)</sup>, diga-se que, apontando em idêntico caminho, também o Acórdão n.º 340/2013, do mesmo Tribunal, reportando-se em concreto ao direito à “não auto-incriminação”, diz que, voltamos a citar, *«tem sido reconhecido que o direito à não auto-incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em determinadas circunstâncias (v.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade)».*

Sendo assim constitucionalmente admissível, nos apontados termos, uma compressão ao direito à “não auto-incriminação” com vista à prossecução das finalidades próprias do processo penal, deve então averiguar-se, à luz da citada jurisprudência do

---

(29) Vide COSTA ANDRADE, FIGUEIREDO DIAS e FREDERICO COSTA PINTO, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, 2009, pp. 44 e 45.

(30) VÂNIA COSTA RAMOS, RMP, ano 28, p. 73.

Tribunal Constitucional, se existe ou não norma legal que, no caso concreto, sustente tal compressão.

Neste ponto, há que começar por evidenciar que tanto o acórdão recorrido, quanto o acórdão fundamento, partem da necessidade de convocação ao caso do preceito contido no art. 61.º, n.º 3, alínea *d*), do CPP, segundo o qual o arguido se deve sujeitar a “diligências de prova [...] *especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente*”. Só que a partir dele, enquanto o primeiro [o acórdão recorrido] conclui que esse segmento normativo é para tanto credencial suficiente, isto porque, e em suma, de outra forma ficaria irremediavelmente comprometida a descoberta da verdade material; já o segundo [o acórdão fundamento] por seu turno, concluiu diferentemente que aquele preceito abarca apenas a obrigação de o arguido se sujeitar a diligências de prova “*especificadas na lei*” e que a obrigatoriedade de sujeição a recolha de autógrafos não está como tal legalmente prevista.

Ora, sobre essa necessidade de especificação legal das diligências de prova também o Tribunal Constitucional, no supra citado aresto n.º 155/2007, apontava precisamente no sentido de que aquele preceito pressupõe que o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei. O que significa portanto, como é bom de ver e ali se conclui, que daquele art. 61.º, n.º 3/d), do CPP «*não pode, logicamente, retirar-se o dever ou a especificação que o mesmo pressupõe*».

Como a este propósito, e precisamente neste mesmo sentido anota o Sr. Desembargador CRUZ BUCHO, no estudo<sup>(31)</sup> acima indicado [nota n.º 30], que, citamos, «Mas, nem no actual Código de Processo Penal, nem em legislação processual penal avulsa, existe disposição expressa que regule particularmente esta específica recolha de amostras de escrita.

E, inexistente qualquer disposição legal que crie para o arguido a obrigação de prestar autógrafos.

---

<sup>(31)</sup> Acessível em <[http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre\\_a\\_recolha\\_de\\_autografos\\_do\\_arguido.pdf](http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf)>, e cujo ponto 6 do respectivo texto aqui pedimos vénia para reproduzir, até porque não saberíamos dizer melhor.

Não se pretenda encontrar essa habilitação legal no disposto no n.º 1 do art. 172.º do Código de Processo Penal, segundo o qual “Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”.

Não é pelo facto de a recolha de autógrafos revestir a natureza de exame que por via do citado n.º 1 do art. 172.º o arguido pode ser compelido, sob ameaça de desobediência, a prestar autógrafos.

O n.º 1 do art. 172.º do Código de Processo Penal apenas permite compelir alguém à realização de um exame devido. Mas o exame só é devido ou, em termos mais gerais, o arguido só está adstrito ao dever de se sujeitar a uma específica diligência de prova, quando existir previsão legal para o efeito. É o que resulta dos citados arts. 60.º e 61.º, n.º 3, alínea *d*), do CPP.

A este respeito é particularmente elucidativo o seguinte trecho do Ac. do TC n.º 155/2007:

«Em suma: aqueles preceitos do Código de Processo Penal pressupõem que o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei, pelo que deles não pode, logicamente, retirar-se o dever ou a especificação que os mesmos pressupõem».

Afasta-se, assim, não apenas a interpretação do PROF. GERMANO MARQUES DA SILVA, seguida pelos “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, segundo a qual o arguido teria de sujeitar-se a todas as diligências de prova que não fossem proibidas por lei, como inclusivamente se afasta a posição que tende a assimilar diligências de prova especificadas na lei com meios de prova e meios de obtenção de prova típicos.

E, repete-se, inexistente qualquer disposição legal que crie para o arguido a obrigação de prestar autógrafos.

A recolha de autógrafos não é, por conseguinte, uma diligência de prova especificada na lei.

Não tendo recusado submeter-se a uma diligência de prova especificada na lei o arguido não faltou à obediência devida.

Na síntese de MARIA ELIZABETH QUEIJO, “não havendo dever de colaborar, decorre que a recusa do acusado em contribuir na produção das provas não configura crime desobediência”<sup>(32)</sup>.

Na verdade, como bem observam AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS: “Não pode, sob pena de contradição e de quebra da unidade da ordem jurídica, considerar-se interdita uma actuação do poder público e autor de um crime de desobediência quem recusa submeter-se a ela”.

Consequentemente, contrariamente ao que sucedia no âmbito de vigência do Código de Processo Penal de 1929, a conduta do arguido que se recusa a prestar autógrafos não integra a prática de um crime de desobediência».

Inexistindo, assim, no quadro normativo vigente qualquer preceito legal que credencie a possibilidade de imposição ao arguido do dever de, para os apontados fins, produzir autógrafos, não pode deixar de concluir-se pela *ilegitimidade* da ordem que, com ou sem cominação, lhe seja dada nesse sentido.

De resto, sempre seria de enfatizar a este propósito que uma tal solução normativa se configura até como corolário lógico da própria natureza das coisas: sendo, com efeito, absolutamente decisivo para a viabilização, com um mínimo de possibilidade de êxito, de uma tal diligência o contributo efectivo da vontade do próprio arguido — [que pode ser “obrigado” a produzir “amostras de escrita manual”, mas nunca a fazê-lo de acordo com o seu estilo habitual — ponto em que é absoluta a impossibilidade de controlo] — não se vislumbra razão válida, dado até o estatuto processual que a lei lhe passou a reconhecer, para lhe cominar a eventual recusa com o crime de desobediência.

Na verdade, sendo único desiderato dessa diligência a obtenção de elementos de prova em processo penal, é evidente que só uma recolha de autógrafos que seja minimamente fiável se mostra susceptível e adequada à possibilidade de cumprimento da sua função que, no caso, é sustentar uma perícia que, em termos de prova,

---

<sup>(32)</sup> In *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo teneatur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 364.

dentro da fiabilidade cientificamente possível, possa levar a um maior ou menor grau de certeza<sup>(33)</sup>.

Se esse objectivo não estiver à partida garantido, não cremos que tenha justificação bastante o dispêndio de meios, humanos e materiais, para a realização de actos processuais à partida anódinos para a consecução dos fins a que se destinam. Como é sabido, a lei veda sempre a prática de actos inúteis (art. 130.º do CPC).

Ora, o acto de produzir genuínos e verdadeiros autógrafos traduz-se numa prestação pessoal, intimamente ligada a uma vontade intelectual/mental do arguido. E não é de todo possível, permitimo-nos repetir, aferir e/ou controlar essa veracidade ou genuidade no momento da sua recolha.

O arguido pode até, perante a cominação feita, mostrar-se resignado e produzi-los, mas se o fizer de forma simulada seguir-se-á inexoravelmente uma perícia adulterada ou inconclusiva. Quadro em que, e à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional supra citada, não pode deixar de ser posta em causa a legitimidade dessa concreta restrição de direitos do arguido, por se tratar de uma diligência à partida não adequada ao resultado que com ela se visa obter.

Por último, e como também já vimos, parece inquestionável que a própria evolução legislativa da matéria em apreço só pode apontar no mesmo sentido: não podendo evidentemente ignorar o regime normativo do CPP/29, que revogou e substituiu pelo do CPP/87 [arts. 1.º e 2.º do DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro], o certo é que o legislador optou, nesta parte, por não introduzir neste último corpo normativo preceito de alcance idêntico ao do anterior art. 195.º [do CPP/29], que previa e regulava expressamente o exame em causa nos termos seguintes: «O juiz ordenará, quando for necessário, que a pessoa a quem é atribuída a letra escreva na sua presença e na dos peritos, quando eles o pedirem, as palavras que lhe indicar. Se ela se recusar a escrever, incorrerá na pena de desobediência qualificada, sendo presa imediatamente e aguar-

---

<sup>(33)</sup> Vide <[http://www.pgdlisboa.pt/diap/docdiap/files/requisitos\\_autografos\\_PJ\\_LPC.pdf](http://www.pgdlisboa.pt/diap/docdiap/files/requisitos_autografos_PJ_LPC.pdf)>, acerca da recolha e Requisitos Para Exames Periciais de Escrita Manual.

dando o julgamento sob prisão, se antes não cumprir a ordem do juiz, fazendo-se de tudo menção no auto da diligência».

1. Mantendo-se inalterados os pressupostos enunciados na lei — arts. 437.º, 438.º e 441.º, n.º 1, do CPP —, para emissão de jurisprudência uniformizante por este STJ, colhidos os legais vistos, cumpre decidir:

A questão consistente em indagar se o arguido, a quem, no decurso do inquérito, foi ordenada a prestação de autógrafos pelo Ex.<sup>mo</sup> Magistrado do M.P., recusando o arguido, incorre, tendo-lhe sido cominada a prática de crime de desobediência, caso o não fizesse, neste delito, foi objecto de soluções que se opõem no plano material, ilaccionando pela afirmativa o acórdão recorrido, pela negativa o acórdão fundamento.

Essa problemática “desesperadamente” controversa, pode dizer-se que tem merecido ampla reflexão doutrinária, não só entre nós, e díspares respostas ao nível decisório, o que nos conduz a uma primeira abordagem do complexo normativo, inscrito no nosso direito positivo, com aquela em contacto mais ou menos próximo.

O estatuto processual do arguido está conformado no art. 60.º do CPP, que se transcreve:

“Desde o momento em que uma pessoa adquirir a qualidade do arguido é-lhe assegurado o exercício dos direitos e deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei”.

A par e complementando os direitos previstos na lei processual penal geral, o arguido usufrui, ainda, de acervo de direitos especiais que leis de igual categoria consagram, particularmente os chamados direitos “premiais” (cf. CONS. HENRIQUES GASPAR, *Código de Processo Penal*, comentado, 2014, p. 207), estabelecidos como benesses do legislador em situações de participação activa e relevante na descoberta da verdade no combate ao crime, por razões de política criminal, previstas na Lei n.º 36/94, de 29/9, contra a corrupção e criminalidade económica e financeira e Dec.-Lei n.º 15/93, de 22/1, de combate ao tráfico e consumo de estupefacientes, bem como em

convenções internacionais, tornadas direito interno internamente recebido e na CRP.

Pormenorizando esse estatuto, dispõe o art. 61.º do CPP, subordinado à epígrafe “Direitos e deveres processuais“, que o arguido goza, em especial, dos direitos de:

“1. (...)

a) (...);

b) (...);

c) (...)

d) Não responder a perguntas feitas por qualquer entidade sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar;

e) (...)

f) (...)

g) (...)

h) (...)

i) (...)

2. (...)

3. Reçam, em especial, sobre o arguido os deveres de:

a) (...)

b) (...)

c) (...)

d) Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”.

O art. 172.º do CPP, estipula que:

“1. Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelida por decisão da autoridade judiciária competente.

2. (...).

3. (...)”

Com relevância decisória convoca-se o art. 343.º, do CPP, subordinado à epígrafe “Declarações do arguido”, com referência à audiência de julgamento:

“1. O presidente informa o arguido que tem o direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio o possa desfavorecê-lo.

2. (...)
3. (...)
4. (...)
5. (...)”

A respeito do primeiro interrogatório judicial de arguido detido, dispõe o art. 141.º do CPP, já integrando as alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2013, de 21/2., que:

1. (...)
2. (...).

3. O arguido é perguntado pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, local de trabalho, sendo-lhe exigida, se necessário, a exibição de documento oficial bastante de identificação. Deve ser advertido de que a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade das mesmas o pode fazer incorrer em responsabilidade criminal.

4. (...) Seguidamente o juiz informa o arguido:

a) Dos direitos referidos no n.º 1 do art. 61.º, explicando-lhos se isso for necessário;

b) De que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na sua ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova;

- c) (...);
- d) (...);
- e) (...);
5. (...),
6. (...);
7. (...);
8. (...);
9. (...).

O silêncio não pode existir num mundo sem linguagem, pois é a linguagem que faz as coisas advirem axiologicamente; é na linguagem que o ser habita; calar não constitui somente em nada dizer, mas também em deixar de fazer qualquer reflexão dentro de si, quando se escuta alguém falar, no dizer de TITO CARDOSO E CUNHA, *in Silêncio e Comunicação, Ensaio sobre uma Retórica do Não Dito*; Lisboa, Livros Horizonte, 2005, 14 e ADRIANA RISTORI, *Sobre o Silêncio do Arguido no interrogatório no processo penal português*, 2007, Almedina, p. 96.

O princípio do qual decorre, no nosso direito processual penal, o silêncio do arguido é, sem dúvida, o art. 61.º, n.º 1 d), do CPP, sendo os restantes preceitos que se lhe referem seus afloramentos; o persistir em silêncio reveste uma das formas do direito de defesa, o “*jus tacere*” uma manifestação da liberdade de declaração, um dos atributos da personalidade a pressupor liberdade.

Movendo-se nessa consideração de que o direito ao silêncio se insere no direito de defesa contido no art. 32.º, n.º 1, da CRP, o TC, no seu Ac. n.º 695/95, de 5/12, acessível in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acórdãos/19950695.html>>, veio a julgar inconstitucional o n.º 2 do art. 342.º do CPP, no segmento em que fazia parte do interrogatório judicial em audiência de julgamento a pergunta, sob cominação de responsabilidade criminal, sobre os antecedentes criminais do arguido, violando os direitos de defesa, ao silêncio e o princípio da presunção de inocência.

O Dec.-Lei n.º 317/95, de 28/11, eliminou aquele n.º 2, passando o n.º 3, a corresponder ao actual n.º 2, eliminando o n.º 1 qualquer menção a perguntas sobre o passado criminal do arguido, impondo ao juiz que advirta o arguido de que a falta de resposta às perguntas feitas, mas agora noutra direcção, ou a falsidade da mesma o podem fazer incorrer em responsabilidade penal, alteração normativa que mereceu opinião desfavorável do Ex.<sup>mo</sup> Cons. OLIVEIRA MENDES, *in Código de Processo Penal*, 2014, também por si comentado, a fls. 1094, objectando falta de fundamento válido à jurisprudência do TC que o legislador acatou, positivando-a, na exacta medida em que se não acolheu o seu relevo, claro, em sede de reincidência, da pena relativamente indeterminada, cúmulo jurídico de penas, principais, acessórias e de segurança, etc.

Mas se o direito ao silêncio assume a natureza de um direito é também uma garantia; uma garantia por conferir ao arguido liberdade de autodeterminação na opção entre se calar, de não responder a perguntas tendentes ao apuramento da sua responsabilidade ou de cooperar com o Estado na investigação, um direito pois, segundo GOMES CANOTILHO, *in Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 396, Coimbra Editora, incluído nas clássicas garantias, também elas direitos, entre eles se englobando, precisamente, o de defesa, enunciado como portador de dignidade constitucional no art. 32.º, n.º 1, da CRP.

Os direitos fundamentais são principais, representam por si, certos bens, inabdicáveis à realização das pessoas, inscrevem-se na respectivas esferas jurídicas; as garantias, enquanto acessórias, asseguram a fruição de bens, projectando-se naquelas esferas pelo nexó que possuem com os direitos, escreve o Prof. JORGE MIRANDA, *in Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 2000, 359.

O Estado ao inscrever logo no art. 1.º da CRP, o respeito pela dignidade humana como seu princípio fundamental não pode, pois, exercer o monopólio do direito de punir em ofensa à dignidade humana, funcionando como garantia de sua realização o direito ao silêncio do arguido, puro derivado daquele princípio fundamental, são palavras de DIANA SILVÉRIO, *in O Silêncio como Garantia de Direitos Fundamentais das Vítimas e dos Arguidos no Processo Penal Português*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2013, p. 40.

O direito ao silêncio funcionaria como instrumento de protecção dos direitos fundamentais do cidadão que, face à suspeita sobre ele incidente, da prática de um crime, se acha numa situação de especial fragilidade e indefesa frente ao poder punitivo do Estado, comportando o direito de não colaborar, ou se calar, desvinculado de um dever de verdade, podendo questionar-se se lhe não assiste com propriedade um direito à mentira, como imperativo lógico da estrutura acusatória do processo em que o arguido é reconduzido à figura de sujeito processual e não simples objecto — cf. MARIA FERNANDA PALMA, *in a Constitucionalidade do art. 342.º, do Código de Processo Penal, O Direito ao silêncio dos arguidos*, RMP, Lisboa, n.º 60, 1994, 107.

Na verdade só adquire esta veste de verdadeiro sujeito processual, arredada no processo inquisitório e nos processos ditatoriais, em que, segundo PUPPE e RUPING, “o valor central da comunidade transcende os interesses conflitantes no processo e obriga os participantes a colaborar no fim comum do processo, na descoberta da verdade” — cf. COSTA ANDRADE, *in Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, p. 123.

Segundo este penalista coimbrão, *op. cit.*, 122, transcrevendo ESER, *in ZSrW*, 1967, 570, só pode falar-se de um sujeito processual, com legitimidade para intervir com eficácia conformadora sobre o processo, quando o arguido persiste, por força da sua liberdade, senhor das suas declarações, decidindo à margem de toda a coerção sobre se e como quer pronunciar-se.

Para alguns autores alemães, como HARTMUT SCHNEIDER, o direito ao silêncio enraizaria no domínio intangível dos dados pessoais, da intimidade privada, tratando-se de um direito à autodeterminação “informativa”, mas já o TC alemão firmou o entendimento de que um direito absoluto do indivíduo ocultar todos os crimes por si praticados, não pode ser reconhecido, pois de outro modo o interesse público na perseguição e condenação do agente criminoso estaria excluído, como a própria dignidade humana, salvaguardando-se, sem reserva, o respeito pelo direito ao silêncio, erigindo-se, deste modo, dizemos, o arguido em figura quase sacral e blindada do processo.

Não abdicando do direito ao silêncio, em termos absolutos, mas sem o radicar, como princípio, no respeito pela dignidade humana, ROGALL, na esteira de Schneider, considera-o, numa concepção jusracionalista e juspsicológica, como emanção do instinto de conservação, de autopreservação e de sobrevivência, atentando contra a própria essência do ser humano que actuaria “contra se”, em violação da sua pessoa, do direito intangível de personalidade, alcança-se do estudo de VÂNIA COSTA RAMOS, *Corpus Juris 2000, in Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, na lei ordinária, RMP, Ano 109, p. 61.

II. O direito ao silêncio pode ser exercido intermitentemente ao longo de todo o processo ou quebrado se e quando o arguido o

desejar, como resulta do art. 343.º, n.º 1, do CPP, sem que daí possa derivar desfavor no exercício desse direito.

O direito ao silêncio é, pois, expressamente reconhecido entre nós na lei ordinária — art. citado n.º 61.º, n.º 1, c), do CPP, mas a CRP não lhe dedica qualquer referência, como à proibição de auto-incriminação, ao contrário do que sucede com as suas congéneres da Espanha, Brasil e dos EUA, reconhecendo quer a doutrina quer a jurisprudência alemãs estar-se em presença de princípios de direito constitucional não escrito.

Este direito, segundo alguns penalistas, como os Profs. FIGUEIREDO DIAS, COSTA ANDRADE e FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, *in* Parecer de Abril de 2008, intitulado *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade de Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, 39, prestado à CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários), apresenta-se como uma vertente, como o princípio do privilégio contra a auto-incriminação, do princípio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, com origem histórica firme no direito inglês a partir de 1679, embora com afloramentos já na *Magna Carta*, sendo omissa na primitiva redacção da Constituição dos EUA, só com a versão de 1791 alcançando definitiva concretização com a 5.ª Emenda, que o substanciou como o “*privilege against self incrimination*” e a partir daí com o alcance normativo expresso de que “*No person (...) shall be compelled in any criminal case to be witness against himself*”, princípio que seria reforçado com o veredicto do *Supreme Court*, a propósito do caso *Miranda versus* Estado do Arizona, 1966 — cf. COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 124.

Reina, entre nós, controvérsia sobre a natureza dogmática do princípio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, avultando as teses processualista e substantiva, para esta última o princípio radicaria em alguns direitos fundamentais, como os inscritos nos arts. 1.º (definindo Portugal como República que assenta na dignidade da pessoa humana), 25.º (afirmando ser a integridade moral e física das pessoas inviolável) e 26.º (estabelecendo o leque dos direitos pessoais reconhecidos pelo facto de se ser pessoa humana) da CRP; segundo a tese processual o princípio assentaria e colheria fundamento nos direitos e garantias processuais reconhecidos ao arguido, com expressão nos arts. 20.º, n.º 4 (afirma os mecanismos de defesa

jurisdicionalmente assegurados para defesa dos direitos liberdades e garantias fundamentais) 32.º, n.ºs 2 e 8, (aludindo à presunção de inocência até ao trânsito em julgado e à nulidade das provas obtidas mediante tortura, ofensa à integridade da pessoa, abusiva intromissão na vida privada e nas telecomunicações), da CRP.

A tese substantiva mereceu reparo de VÂNIA DA COSTA RAMOS, estudo citado, a pp. 62 e 63, para quem essa fundamentação se mostra deficiente”... por o próprio egoísmo auto-favorecedor do arguido que segue o seu instinto de sobrevivência, não parece encaixar-se na dignidade da pessoa humana“; o seu fundamento há-de, antes, procurar-se noutros direitos com dignidade processual que” não deixam de ser “temperados” com uma dimensão material”.

E não é indiferente a opção por qualquer dos entendimentos a respeito da natureza do princípio do “*nemo tenetur*”, porque a ser emergente do direito a um processo justo, equitativo, como tal aceite constitucionalmente no art. 32.º da CRP, irradiando para os princípios da presunção de inocência do arguido, direito a ser ouvido e do contraditório, já é possível impor-lhe restrições, já se encarado como tendo por génese a protecção da dignidade humana de difícil compreensão se torna a sua compressão, visto o disposto no art. 18.º, n.º 2, da CRP, que aquela restringe ao estritamente preciso para “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos“, em obediência a critérios de proporcionalidade e necessidade.

III. Naquele Parecer da autoria dos eminentes penalistas citados, contrariando o teor da decisão proferida pelo Juízo de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 1.º Juízo, 2.ª Sec., de 11 de Janeiro de 2008, em que era sujeito processual a CMVM, é bem clara a adesão à concepção processualista, pois, a propósito do direito ao silêncio e à proibição da autoincriminação, e transcrevendo de fls. 44, ali se escreve:

“Não obstante a vigência alargada destes direitos, tal não significa, porém que eles tenham um carácter absoluto, antes podendo, em determinadas condições ser legalmente restrin-

gidos. Na verdade são visíveis no ordenamento português diversas limitações (...).”

Elas são previstas — fls. 46, 47, 48, 49 e 55, continua-se a citar o Parecer — no “...cumprimento de obrigações impostas por lei e no quadro de um entendimento que alguns, na senda das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, tem apelidado de “moderno“(por oposição a uma visão clássica, liberal), deste princípio”.

Dentre essas limitações ao direito ao silêncio inscrevem-se, a título meramente exemplificativo, destacando o dever de resposta com verdade às perguntas sobre a identificação pessoal do arguido, de realizar certos exames como o de pesquisa de alcoolemia ou substâncias psicotrópicas no domínio rodoviário, de sujeição a exames no âmbito das perícias médico-legais, quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, segundo a Lei n.º 45/2004, de 29/8, de cooperação no domínio tributário, à luz do RGIT e perante a Autoridade de Concorrência, previsto na Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11/6) ou ainda ante a CMVM.

Concepção moderna porque partindo de uma visão clássica daquele princípio segundo o qual o direito à não incriminação teria uma vigência absoluta e não seria susceptível de ser limitado, o adapta à evolução da sociedade e do próprio Estado, “para cumprimento das suas obrigações.”

Esta visão actualizada, respondendo à dinâmica da história, acompanha a transmutação de um Estado liberal em Estado Intervencionista, Dirigista, atento, mercê da evolução tecnológica, ao seu desaguar na “sociedade de risco”, de que falam o Prof. FIGUEIREDO DIAS, *in Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, Coimbra ED., 2001, pp. 583, 613 e AUGUSTO SILVA DIAS, *Tese de doutoramento*, FDUL, 2003, 272 e segs, em que, segundo JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, *in Liberdade Económica ou Fraudes Puníveis, Riscos Penalmente Relevantes ou Irrelevantes na Actividade Económica e Empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2003, 307, 330, citado no estudo de VÂNIA COSTA RAMOS, REV supramencionada, p. 90, muitas vezes, nos sectores especialmente favoráveis à criação de tais riscos aos bens de índole pessoal e patrimonial, não

basta a “prevenção comunicativa ou contrafáctica” (cominação de sanções penais ou administrativas para quem cria o risco), não se dispensando o reforço cognitivo da acção perigosa, que leva a que a acção se desenvolva “dentro de uma liberdade que é condicionada”, conducente a uma “*circularidad curiosa*”.

O TEDH, ainda na citação de Vânia da Costa Ramos, estudo citado, R.M.P., 28, ano 109, pp. 71 e 72 decidiu que “... não há dúvida de que o direito a guardar silêncio durante o interrogatório policial e a prerrogativa contra a auto-incriminação são normas internacionais geralmente reconhecidas que se situam no coração de um processo equitativo...”, postulado pela DUDH, CEDH, PIDCP, enquanto manifestação incontornável dos direitos de defesa do arguido, sujeito do processo, titular de um estatuto, de um complexo de direitos e deveres com a amplitude do art. 61.º do CPP, para o qual se deve criar “um procedimento leal”, no dizer de MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, I, Almedina, 2009, 196.

IV. O direito ao silêncio e à não incriminação, enquanto vertentes do “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, de acordo com uma concepção maximalista significa que o arguido não é obrigado a contribuir, cooperar com o tribunal, fornecendo apenas declarações, mas também elementos documentais, meios de prova da sua culpabilidade, segundo uma versão minimalista essa proibição envolve as suas declarações em sentido estrito e só sobre os factos que lhe são imputados.

O direito ao silêncio, segundo o TEDH, tutelado no art. 6.º, n.º 1, da CEDH, abarca a não colaboração por banda do arguido com as autoridades de investigação e acusação, fornecendo-lhe provas das infracções por ele cometidas; enquanto a proibição da auto-incriminação põe-o a coberto da presunção de inocência até ao trânsito em julgado segundo o art. 6.º, n.º 2, da CEDH, com o sentido e alcance de que lhe não assiste o dever de fornecer informações orais ou escritas em sede de processo de investigação, sem abdicar da informação dos seus direitos.

O direito à não auto-incriminação não se esgota, apenas, no direito ao silêncio; segundo FABIENNE KÉFER, “*le droit de ne pas se auto-incriminer ne couvre pas que les paroles. IL vise tout type*

*d, information y compris les écrits*”. As manifestações verbais não são as únicas formas em que se apresenta o princípio contra a auto-incriminação, pois através de outros meios de prova pode ser desrespeitado. É a manifestação pura daquela concepção maximalista.

Na expressiva afirmação de JOÃO CLÁUDIO COUCEIRO, *in A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*, RT, 147-148, RT, “actualmente todo o corpo fala”; o direito ao silêncio inclui, pois, a possibilidade que o art. 61.º, n.º 1, *d*), do CPP, lhe confere de não prestar declarações, de não responder a perguntas que lhe forem dirigidas, de permanecer calado, colocando-se no plano da “oralidade processual”, nas palavras de CARLOS BORLIDO HADDAD, *in Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Auto-incriminação*, p. 43; está em causa a mera prova por declarações e já não a entrega de documentos, segundo LILIANA DE SÁ, R M P, Ano 107, p. 27, FREDERICO COSTA PINTO, *in* parecer citado *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, p. 75 e LARA SOFIA PINTO, *in Privilégio contra a Auto-incriminação versus Colaboração do Arguido*, p. 109.

É a expressão da concepção minimalista.

De FRANKLIM KUTY, *in Justice Pénale et Procés équitable*, II, Bruxelas, 2006, Larcier, cita-se: “*Le droit au silence semble se cantonner pour l’essenciale au controle de ses cordes vocales*”.

Esta obrigação do direito a guardar silêncio está contemplada no *Corpus Juris*, estudo da iniciativa da Comissão Europeia, que, em 1995 /96, nomeou um conjunto de peritos cujo objectivo era a elaboração de um acervo de princípios em vista da protecção de interesses financeiros da União, sem traduzir um Código Penal Modelo, mas impondo-se, também, regras mínimas de prova, entre as quais aquele direito (art. 29.º, n.º 2) e o de ninguém ser obrigado a contribuir de “... forma directa ou indirecta para estabelecer a sua própria culpabilidade.” (art. 31.º, n.º 2), em obediência aos direitos de defesa do arguido previstos no art. 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 10.º, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos da ONU (n.º 2 daquele art. 29.º), sendo de excluir a prova que infrinja os princípios do processo equitativo, devendo o juiz “verificar se a irregularidade teve como consequência a lesão

dos interesses da pessoa acusada protegida pela norma (...)” — art. 33.º, n.º 1, do *Corpus Juris*.

Seja como for impõe-se a conclusão de que esses direitos convergem num mesmo sentido, do respeito pelos direitos fundamentais do arguido, particularmente da liberdade de declaração, pois mesmo mentindo, sem, que, contudo, lhe assista o direito a essa postura (cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Curso de Processo Penal*, I, p. 297, Ed. Verbo, 2000 e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1974, p. 451) ela, se não o prejudica não o pode beneficiar, segundo o enunciado no Ac. do STJ, de 14.7.2006, P.º n.º 3163/06-5.ª.

Uma decisão não é justa se não for verdadeira, a mentira ante o juiz significaria a aceitação da mentira como organização societária, escreveu ANTÓNIO BARBAS HOMEM, in *O que é o direito*, Principia ed., 2007, 66, mas o direito nem sempre é a resultante do nosso idealismo, mas a transcendência do individual, naquilo que colectivamente é dado adquirido, há que dizer.

O nosso direito não homologa o direito à mentira, mas ante o atropelo deliberado da verdade é preferível o silêncio — cf. Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, I, 1955, 152 —; a lei, afirma, apenas, da parte do arguido, como consequência do seu estatuto como pessoa e não como objecto, um não compromisso com a verdade, sendo-lhe inexigível o cumprimento de um dever de verdade, inconfundível com o direito a mentir, inaceitável num Estado de Direito — cf. Acs. deste STJ, de 12.3.2008, P. n.º 08P694 e 3.9.2009, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

V. O processo penal encontra-se numa difícil encruzilhada entre o interesse em firmar o seu monopólio em punir o agente do crime e o interesse em assegurar-lhe o direito fundamental à liberdade, direito ocupante de topo no leque de direitos fundamentais, daí, diz-se, incumbir ao Estado a descoberta da verdade pelos seus próprios meios, pois que, na esteira de VITTORIO GREVI, citado por Tâmara Fernandes, in *O Conteúdo e alcance do direito ao silêncio*, ULP, 2010, 117, o direito de o arguido não cooperar com o tribunal é uma manifestação “cívica típica”, do processo acusatório, cabendo àquele a última palavra, sem pressão, coerção, fraude ou método enganoso.

VI. Chegados a este ponto, é imperiosa a abordagem sobre se é ou não legítima a recusa de o arguido em prestar autógrafos, escritos com o seu próprio punho, para exame de letra, ordenada em inquérito pelo M.P., indiciando-se crime de falsificação, em indagação, depois de aquele Magistrado o advertir de que incorre em crime de desobediência, p. e p. no art. 348.º, n.º 1, b), do CP, estando fora de discussão o dever de comparência perante a autoridade responsável pela investigação criminal.

Uma recensão doutrinária e jurisprudencial ao nível constitucional, que se observa no estudo, que seguimos de perto em vários segmentos desta decisão, da autoria do M.º Juiz Desembargador, DR. CRUZ BUCHO, de 5.12.2013, subordinado à epígrafe “Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência, direito à não auto-incriminação”, de 13.10.2013, acessível *in* <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e [www.trg.pt](http://www.trg.pt)> .../253, ilumina a dimensão com que é encarada processual e substantivamente a recolha.

O nosso direito processual actual não prevê o exame para reconhecimento de letra, para comparação de escrita manual em ordem a determinar a sua autenticidade, também denominado de exame grafotécnico no Brasil, e perícia caligráfica na Espanha, em contrário do que ocorria no CPP de 29, no seu art. 195.º.

Nada de mais explícito poderia ser o preceito no seu § 3.º: a pessoa a quem era atribuída a letra, em caso de recusa em escrever, na sua presença, as palavras indicadas pelo Juiz, depois de ordem nesse sentido, incorria em crime de desobediência qualificada, seria imediatamente presa, julgada de seguida, se e enquanto não cumprisse a ordem.

Entre nós o direito ao silêncio não prevê expressamente a não prestação de autógrafos, se bem que no recuado ano de 1990, em 30/1, pela pena do Ex.º Cons. SÁ NOGUEIRA, se haja escrito que essa prestação envolve “...um especial tipo de declarações, não por via oral mas escrita”, no Ac. publicado *in* CJ, Ano XV, I, 181, englobando-se no direito ao silêncio, como similarmente se posicionam VÂNIA DA COSTA RAMOS e AUGUSTO DA SILVA DIAS, *in* *O direito à não Inculpação no processo penal e contra-ordenacional português (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare)*, Coimbra Editora, 2009, p. 19., enquanto manifestações (os autógrafos) equipa-

ráveis à linguagem humana, que não faz sentido diferenciar em matéria de protecção contra a incriminação; o Cons. LUÍS OSÓRIO, em 1932, em anotação ao art. 195.º do CPP, de 1929 pronunciava-se no sentido de que o preceito não se coadunava com o direito ao silêncio que deve ser garantido ao arguido, quanto a não responder a perguntas sobre a infracção; é uma variante, como o direito à não incriminação do arguido, distinção que o brocado latino “*nemo tenetur se ipsum accusare ou detergere*” abriga, escreve.

Sobre qual o critério que tem sido usado, exactamente, para aferir do sacrifício ou não do princípio do “*nemo tenetur*”, pronuncia-se o DESEMBARGADOR CRUZ BUCHO, no exemplar estudo citado, a p. 35, dando nota que em alguns sectores de jurisprudência, nacional e estrangeira, tem vindo a proceder-se à distinção entre aqueles meios de prova em que o arguido tolera a sujeição a exames, em atitude de mera passividade, não fornecendo elementos de culpabilidade, exteriorizando-a por actos ou omissões e aqueles em que o arguido age activamente, participa positivamente, comprometendo voluntariamente o privilégio de não auto-incriminação.

Para alguns esse critério, lê-se, aí reconduz-se ou deve ser encontrado na dependência ou independência da vontade do arguido, estando, pois, fora do princípio do “*nemo tenetur*” as prestações pessoais exigidas sob a ameaça de sanção, mas independentes da vontade do arguido, que “não passam por uma declaração de espiritualidade da sua parte”.

O TEDH, por acórdão de 17.12.96, (caso *Saunders v. Reino Unido* n.º 19187/91), concluiu que “O direito à não auto-incriminação se refere, em primeira linha, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, ao direito ao silêncio”, para afirmar que esse “direito não abrange a utilização em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos, contanto que tais dados existam independentemente da vontade do sujeito, tais como “*inter alia*”, os documentos adquiridos com base em mandado, as recolhas de saliva, sangue e urina bem como de tecidos corporais, com vista a uma análise de ADN, critério seguido, depois, nos Acs. de 4.10.2005, *Shannon v. Reino Unido*, n.º 6563 § 36 e de 11.7.2006, *Jalloh v. Alemanha*, n.º 54810/00, estando em causa neste último, a

administração forçada, através de sonda nasal, de substâncias indutoras do vômito (substâncias eméticas) através da qual se operou a recuperação por regurgitação da cápsula de cocaína engolida pelo arguido quando detido, em que se afastou a violação ao princípio.

Introduziu, no entanto, o TEDH, critérios mitigando o uso desse meio de prova, como sejam a consideração da natureza, grau de coerção empregado, importância do interesse público na investigação, a existência de garantias relevantes no processo e a utilização dos meios de prova obtidos por essa forma.

O critério paradigmático adoptado no caso *Saunders* foi acolhido ponto por ponto no Ac. do TC n.º 155/2007, a propósito da recolha de saliva para realização de análises de ADN, “por a colheita não constituir nenhuma declaração”, mas “base para uma mera perícia de resultado incerto”, sem contender com o privilégio contra a auto-incriminação.

No Ac. da Rel. de Évora, de 15.11.2011, Rec. n.º 103/09.6 GCBJA.E1 foi integralmente acatada a orientação jurisprudencial vertida no Ac. do TEDH, no predito caso *Saunders*, no sentido de que a recolha de sangue para detecção de alcoolémia não integra declaração confessória, auto-incriminatória, como é jurisprudência dominante nas Relações, de que são exs., entre tantos, os Acs. de 21.11.2007, da Rel. Coimbra, P. n.º 6/05.3PTVIS.C1, 25. 3. 2010, P. n.º 1828/06.3TALRA.C1, 14.7.2010, P. n.º 113/09.3GBCVL, 25.1.2012, P. n.º 123/09.OGTVIS. C1, da Rel. Porto, de 18.5.2011, P. n.º 438/08.5GCVNF. P1, de 11.7.2012, P. n.º 40/11.PTVNG.P1, da Rel. Évora, de 20.12.2012, P. n.º 45/09.5GECUB.E2, de 30.4.2013, P. n.º 1157/91.1GBMMN.E1, de 23.1.2012, P. n.º 32/10. OGBGMR.

O TC já decidiu que não ofende o princípio da igualdade, o dever de respeito, a dignidade da pessoa humana, o direito ao seu bom nome, à honra, à reserva da intimidade privada e as garantias de defesa, a submissão do condutor à detecção de álcool no sangue através da pesquisa de ar expirado, quando o visado não se quer a ela submeter — cf. Acs. n.ºs 319/95, 423/95 e 628/2006.

Na doutrina estrangeira, especialmente argentina, além do mais, pela pena do PROF. JAVIER DE LUCA, a cláusula contra a incriminação compulsiva, abarca, apenas, as declarações que são a expressão da vontade do ser humano, produto do pensamento das

peessoas, elaborações mentais, que se reflectam numa conduta activa ou omissiva com sentido intelectual, toda a prova que requeira uma colaboração intelectual com significado expressivo — cf. *Cuerpo y la Prueba*, Buenos Aires, Revista de Direito Processual Penal, 2007, III, 41.

Na doutrina brasileira de sublinhar o pensamento do Prof. CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD, para quem “sempre que a produção de prova envolva uma acção do réu, faculta-se a ele a recusa a cooperar. Caso a prova possa ser gerada sem uma actividade do acusado, que apenas suporta a acção de terceiros, não há espaço para a invocação do princípio” — cf. *Conteúdo e Contornos do princípio contra a auto-incriminação*, pp. 58/59, esclarecendo que na Alemanha já se decidiu “não ser possível obrigar o acusado a submeter-se à realização de testes, reconstituição dos factos, à prova grafotécnica ou à produção de semelhantes acções”.

Não se distancia deste entendimento o Prof. LUÍS FLÁVIO GOMES ao escrever, in *Princípio da não Auto-incriminação, significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*, disponível in <<http://www.lfg.com.br>>, que “qualquer prova contra o réu que dependa (activamente) dele só vale se o acto for levado voluntária e consciente ...”; a orientação predominante na jurisprudência brasileira vai no sentido de não reconhecer a existência do dever de colaboração do acusado na produção de provas, no que tange “às que dependam da sua colaboração activa”, sintetiza MARIA ELISABETH QUEIJO, in *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur ou se detergere e suas decorrências no processo penal*, p. 313.

Mas o direito de não declarar, não colaborar, escreve, deve, no entanto, ser entendido num sentido amplo, não titulando auto-incriminação, por ex.º, as provas dactiloscópicas, fotográficas ou de natureza similar, revistas, buscas, apreensões, reconhecimentos, grande parte dos exames, incluindo a instalação de tacógrafo num camião, a recolha de cabelo, sangue, urina, sémen, tecidos corporais, tendo em vista realização de exames de ADN, em contrário do que sucede sempre que se verifica uma atitude ou acção positiva.

O Tribunal Constitucional alemão e boa parte da doutrina alemã (cf. GOSSEL, in *As Proibições de Prova no direito processual*

da RFA, RPCC, Ano 2, Fasc. 3, 1992, p. 423), aderem ao critério que toma como referência a distinção entre conduta activa e tolerância passiva, mas a distinção acaba por sofrer “comprometedoras limitações”, escreve o Prof. COSTA ANDRADE, *in Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 127.

O Tribunal Constitucional de Espanha afirmou — cf STC 103/85, 22/88, de 18/2, 107/95, de 7 /10 e 161/97, de 20/10 — que a submissão a testes de alcoolémia não pode considerar-se contrária ao direito a não declarar, uma declaração incriminatória, uma vez que não obriga o condutor a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo a sua culpa e apenas a tolerar que sobre ele emita uma especial modalidade de perícia.

A maioria da jurisprudência da Argentina, Costa Rica e Itália não se dissociam do mesmo critério, que tem sofrido críticas como reconhecidamente aceita o Mestre coimbrão, Prof. COSTA ANDRADE, *op. e loc. citados* ao expressar que as dificuldades de distinção “sobem de tom à medida que nos afastamos da consideração abstracta dos problemas e nos aproximamos das constelações típicas situadas na zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objecto de medidas de coacção ou meio de prova”.

VII. A metodologia a que vimos de aludir não escapa às críticas vindas de alguns sectores; o critério da participação activa — tolerância passiva, este defendido também por CLAUS ROXIN, *in A protecção da pessoa no processo penal alemão*, 120, escrevendo que “...o processado não tem que colaborar com as autoridades encarregadas da investigação mediante um comportamento activo (...) ainda que se imponha uma obrigação a tolerar (...)”, tem sido considerado de difícil praticabilidade, por nem sempre ser viável e nem visível a distinção entre as duas formas procedimentais, por ser demasiado simplista, não conducente a resultados seguros, sequer aceitáveis.

Na verdade parece evidente que mesmo em casos havidos classicamente de tolerância passiva não deixa de coexistir uma participação activa, como é o caso de sujeição a recolha de sangue, saliva, urina, corte de cabelo, de tecidos corporais, álcool no sangue a partir do ar expirado ou do sangue etc, em que sem a colabo-

ração (necessariamente activa) do arguido expondo voluntariamente o seu corpo fica comprometido o resultado a alcançar. Há espaço de tolerância mas também de acção em puro hibridismo, em termos de funcionamento, não sendo fácil discernir, com clareza, entre as duas figuras.

Acrescente-se que não é mais grave o atentado à dignidade humana no compelir, por ameaça de incorrer em desobediência, à prestação de autógrafos, que aqueles casos de tolerância passiva, sendo que a humilhação, o ter que ser instrumento “*in se*” de pesquisa e a passividade, não deixam de constituir, um mínimo grau, é certo, de auto-incriminação e violência contra a pessoa humana.

É nestes termos que WOLFFAST — com outros autores, na doutrina germânica, brasileira, costariquenha e argentina, etc. — aludido pelo Prof. COSTA ANDRADE, *op. e loc. cit.*, nota 31, se manifesta contra tal critério, quando doutrina que “...não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida, mas também quando (...) uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova”, sendo difícil distinguir porquê a dignidade humana é atingida quando se é “forçado a uma acção e não quando se tenha de a tolerar”. Situações há em que se demonstra a inexistência de “uma distinção qualitativa entre acção e omissão”, dando como exemplo o caso de o arguido ser forçado a manter a cabeça erguida ou a assumir uma dada expressão facial, em caso de reconhecimento. E nessa medida não podíamos estar mais de acordo.

VIII. Retrocedendo ao nosso direito processual penal, em que releva para a decisão o disposto no art. 61.º, n.º 3, *d*), do CPP, por força do qual o arguido é obrigado ao especial dever de “Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e efectuadas por entidade competente”, o pragmatismo da norma está em que o estatuto processual do arguido não é incompatível com a sujeição a diligências de prova ou meio de as obter, posto que esses deveres não afectem direitos fundamentais processuais, integrantes do seu direito de defesa, que não briguem com a dignidade da pessoa que vai ser objecto do arguido, que se quis ver reforçada como o novo CPP, enquanto “sismó-

grafo”, “espelho”, que o precedente Código não era, da realidade constitucional, sendo o direito processual penal “direito penal constitucional aplicado“, desenvolvendo as “normas da constituição processual penal“, nas palavras dos penalistas Profs. FIGUEIREDO DIAS e GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Para uma Reforma Global Processual Português, Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*, in *Ordem dos Advogados, Para uma Nova justiça Penal*, 1983, Almedina, 194 e *Curso de Direito Processual Penal*, I, 2000, Ed. Verbo, 29-30, respectivamente.

As grandes linhas mestras, sustentáculo do nosso CPP (de 87), repudiam o recurso à extorsão de declarações ou qualquer forma de auto-incriminação, pois todos os actos não-de ser a livre expressão da sua livre personalidade, escrevia o Prof. FIGUEIREDO DIAS, in *Código de Processo Penal*, Almedina, 1974, 430.

O preceito do art. 61.º, n.º 3, d), do CPP na medida em que faz recair sobre o arguido o seu dever de sujeição a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial poderia prestar-se a uma leitura restrita, a uma interpretação restritiva, ao declarar que as medidas de coacção e garantia patrimonial tem que ser especificadas na lei, ou seja direccionadas exclusivamente, e como tal previstas, pré configuradas legalmente, ao arguido.

O arguido estaria a salvo das diligências de prova, meios de prova ou de obtenção de prova, o que constituiria um profundo golpe na investigação criminal, “aniquilando por completo a possibilidade de desencadeamento da persecução penal ou de dar seguimento a ela, assegurando a impunidade absoluta”, no dizer de MARIA ELISABETH QUEIJO, no estudo já citado, p. 364.

O Tribunal Supremo de Espanha, em acórdão recente de 29.1.2013, enunciou que o exercício dos direitos processuais não confere ao acusado um direito absoluto de que possa fazer uso em todas circunstâncias quando estejam em causa bens jurídicos, igualmente dignos de protecção — STS, 2.ª, P. n.º 62/2013.

Por isso que as limitações à incriminação não podem cingir-se ao dever legalmente imposto de responder com verdade, rompendo o direito ao silêncio, às perguntas sobre a seu nome, filiação, naturalidade e data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e de residência, nos termos do art. 342.º do CPP, a obrigação

de submeter-se a exames, somente elencados na lei, por ex. detecção de alcoolemia ou substâncias psicotrópicas (arts. 152.º e 155.º do CE, no âmbito rodoviário), ou a exames e perícias em sede médico-legal, ordenadas pela autoridade judiciária competente (lei n.º 45/2004, de 29/8), aos deveres de cooperação perante a autoridade tributária em caso de inspecção tributária (LGT, art. 59.º e RCPIT)) a Autoridade de Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11/6, e deveres de protecção ante a CMVM, previstos no CVM).

O art. 61.º, n.º, 3 d), do CPP, contém um enunciado geral, não se refere a diligências de prova “especificamente “previstas na lei para o arguido, mas, como noutros preceitos, a diligências “especificadas”, comportando esta palavra um alcance mais amplo, de cláusula geral, abrangente de todas as provas que não são proibidas por lei, ao arrimo do princípio da legalidade da prova (art. 125.º do CPP) e 126.º do CPP.

Uma interpretação com esta dimensão extensiva, não proibida, com apoio no texto gramatical, corrige uma interpretação estreita de mais; uma interpretação demasiado restritiva teria como consequência contradizer princípios fundamentais, como o do direito do Estado à punição, o seu monopólio da punibilidade e de assegurar a tranquilidade dos cidadãos, a sua expectativa contrafáctica, que, como o direito à liberdade do arguido merece, no seu confronto, ser sopesado e não minorizado-cfr. Interpretação e Aplicação das Leis, 33 e 34, de FRANCISCO FERRARA.

A orientação seguida pelo Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA é a de que, no que tange às diligências de prova, o arguido “tem de sujeitar-se a todas as que não forem proibidas por lei (art. 125.º do CPP) (...)”, in *Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, 444 e *Curso de Direito Processual*, I, Verbo, 2000, 300, sejam perícias ou exames.

No mesmo sentido se pronunciaram os Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, in *Código de Processo Penal — Comentários e Notas Práticas*, Coimbra Editora, p. 154.

Igualmente SOFIA SARAIVA DE MENEZES, in *Prova Criminal e Direito de Defesa — O direito ao Silêncio: a Verdade por trás do Mito*, Almedina, pp. 134 e 135, com o fundamento de que o estatuto do arguido na amplitude traçada pelo art. 60.º do CPP, ressalva

que a sujeição a diligências de prova não pode ser prejudicada pelo direito ao silêncio e à proibição de auto-incriminação.

A admitir-se o contrário, em nome do princípio de que o arguido não tem o dever de colaborar activamente na obtenção de provas, mas apenas sujeitar-se passivamente a diligências de prova, de que são exemplo a maior parte dos exames, estar-se-ia a favorecer um “efeito dominó em relação às provas pessoais cujo resultado seria totalmente fraudulento para o sucesso da investigação criminal: a descoberta da verdade material ficaria irremediavelmente comprometida”.

A recolha de autógrafos é uma diligência de prova; ele é já começo de exame, parte dele integrante, em vista da emissão de um juízo pericial final formulado a partir do exame prévio da letra, inscrevendo-se aquele juízo no âmbito dos meios de prova e a recolha em sede de meios de obtenção de prova — arts. 151.º e segs. (perícia), 171.º (exames), do CPP, assentando basicamente a distinção (controvertida) no facto de o exame se destinar a fixar documentalmente ou permitir a observação directa pelo tribunal de factos relevantes para o “*thema decidendum*”; a perícia propõe-se fixar factos facultados por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos e artísticos, que o juiz não dispõe por não possuir um saber enciclopédico e universalista, distinção que nalguns casos suporta dificuldades sobretudo em se tratando de recolha de vestígios que exigem a presença de peritos, por forma a permitir ulterior análise, por ex. de ADN, não sendo de autonomizar-se o exame (meio de obtenção de prova) da perícia (meio de prova), opina, diversamente, SÓNIA FIDALGO, *in* RPCC, Ano 16, n.º 1, 138.

A nossa lei processual penal, designadamente o art. 61.º, n.º 3, *d*), do CPP, não consagra explicitamente o princípio do “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, mas reflecte-o indirectamente nas suas díspares irradiações, também não consagra nem directa nem indirectamente o critério da “tolerância passiva *versus* participação activa”, de que se tem feito controverso uso, como vimos para aferir da conformidade legal ao princípio da não auto-incriminação em caso de recolha de autógrafos.

Os Profs. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, no parecer intitulado “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, p. 45,

AUGUSTO DA SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, in *Direito à não auto-inculpação, no processo penal e contra-ordenacional*, Almeida, 2009, pp. 23 e segs, LARA SOFIA PINTO, *Privilégio contra a Auto-incriminação versus colaboração do arguido*, SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, I; 3.<sup>a</sup> ed., p. 1111, apelam à necessidade observância do princípio da legalidade e de obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade.

**AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, acima citados, criticam uma concepção demasiado restritiva do princípio da não auto-incriminação explicam o modo como, em seu entender, se deve definir o conteúdo e alcance do princípio “*nemo tenetur*”, ao mesmo tempo que fazem o enfoque desta matéria com a jurisprudência do Tribunal Constitucional.**

Reconhecendo que é complexo o âmbito de validade do princípio e que ele se vai relativizando e ficando dependente de concordância prática «à medida que nos afastamos de concretizações nucleares como o direito ao silêncio ou à não entrega de documentos íntimos», aderem à concepção de DWORKIN e de ALEXY segundo a qual «o Dasein dos princípios é em colisão com outros e o modo de dirimir essa colisão é, não através de um critério “*all or nothing*”, mas por meio de uma compatibilização ou concordância prática que visa aplicar todos os princípios colidentes, harmonizando-os entre si na situação concreta.

E mais ainda acrescentam que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* não pode fundar-se no binómio conduta activa — tolerância passiva.

O Acórdão n.º 340/2013, do TC, de 17/6, P. n.º 817/12, reportando-se em concreto ao direito à “não auto-incriminação”, repete que «tem sido reconhecido que o direito à não auto-incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em determinadas circunstâncias (v.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade)».

E, nessa medida, é pertinente confrontar-se o preceituado no art. 172.º do CPP, subordinado à epígrafe “Sujeição a exames”, preceituando que:

“1. Se alguém pretender a eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente;

2. É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do art. 154.º e nos n.ºs 6 e 7 do art. 156.º;

3. Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter (...);

4. (...)”

Em se tratando de perícia sobre as características físicas ou psíquicas das pessoas que não hajam consentido nela, o despacho que a ordene é da competência do juiz, ponderando a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e a reserva da intimidade do visado — n.º 3 do art. 154.º do CPP.

As perícias em referência são realizadas por peritos médicos ou outra pessoa legalmente autorizada e não podem criar perigo para a saúde do visado e, tratando-se de análise de sangue ou de outras células corporais, as amostras recolhidas só podem ser usadas no exame em curso ou noutra já realizado, devendo ser destruídos, mediante despacho do juiz, logo que não sejam precisos — n.ºs 6 e 7 do art. 156.º do CPP.

Hoje, mercê da alteração legislativa trazida pelas Leis n.ºs 4/07, de 29/8 e 20/13, de 21/2, reflectidas nos textos normativos acabados de citar, é já, pondo termo a uma querela doutrinal e jurisprudencial de pretérito, possível proceder a exames, a perícias “intrusivas” “à pessoa humana, salvaguardados, pois, os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, na esteira do TEDH, como informa PEDRO VERDELHO, *in* Revista do CEJ, 2006, 1.º Semestre, pp. 154 e segs., citado pelo Ex.º Cons. SANTOS CABRAL, no Comentário, com outros, ao Código de Processo Penal, Almedina 2014, p. 729.

IX. Do antecedente ao nível da jurisprudência infraconstitucional se sustentava já que, pese embora a recolha de saliva, sangue urina, cabelos, etc, para análise, possam ofender a integridade

corpórea e o direito à autodeterminação do visado, a voluntariedade da sua acção, a sua capacidade de agir e de decidir, com integral liberdade, em caso de recusa devia a recolha ser compulsivamente efectuada, porque esse exame e perícia se mostravam essenciais à descoberta da verdade.

A ofensividade era ilegítima, é certo, mas de tal modo, além de reversível, insignificante, pelo que devia ceder ante aquele valor, de préordenada tutela de outros no plano dos direitos fundamentais, não menos dignos de protecção, entre os quais o da justiça, da perseguição criminal. Assim se expressou o Ex.<sup>mo</sup> Cons. OLIVEIRA MENDES, como relator no paradigmático Ac. prolatado no Rec. n.º 3261/01, de 9/1/2002, da Rel. Coimbra, escrevendo:

“O ...nosso ordenamento jurídico prevê várias situações em que o direito à integridade física e à auto-determinação corporal cedem face a interesses comunitários e sociais preponderantes, quer na área da saúde pública, da defesa nacional, quer na área da justiça, quer de outras.

Assim sucede quando se impõem certas condutas corporais como a vacinação obrigatória, os rádiorrastreios, o tratamento obrigatório de certas doenças infecciosas, a proibição de dopagem dos praticantes desportivos, o serviço militar obrigatório ou a prestação de serviço cívico, a realização de perícia psiquiátrica e de perícia sobre a personalidade”.

Enquanto meios de coacção sobre uma pessoa que se vê obrigada a suportar um exame, deve o normativismo que lhe respeita ser aplicado com rigor, restritivamente, como sucede com a prisão preventiva, mas sem perder de vista, contrabalançando-o, que a administração da justiça é uma “exigência de ordem pública e do bem estar geral, bem como um dos pilares do Estado de direito”, nas palavras da S.<sup>ra</sup> Desembargadora relatora do Ac. da Rel. Porto, de 3.5.2006, P. n.º 0546541, havendo que concluir na colisão de direitos estabelecida, que a recolha de sangue, de urina, etc., compulsivamente, é conforme à lei, legitimando o sacrificio desse interesse menor a administração judiciária.

**A esse propósito e, por maioria de razão, quanto à recolha de autógrafos, escrevem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, in Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Edi-**

tora, p. 553, não obstante a integridade física e moral ser inviolável “não significa qualquer prevalência absoluta deste direito em relação a outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, mas apenas uma “interdição absoluta das formas mais intensas da sua violação”.

A criação dos tipos legais incriminatórios não pode deixar de ser acompanhada de meios legais que permitam tornar exequível e operante a produção de prova sobre os factos respectivos e o seu consequente sancionamento, sob pena de ficar prejudicada a necessidade de protecção dos bens jurídicos tutelados e as restantes finalidades de prevenção das penas, são considerações, ainda daqueles autores, *in op. cit.*, p. 557, citados no AC do TC n.º 418/2013, P. n.º 120/11, de 15.7.2013, na abordagem da conformidade constitucional dos arts. 4.º, n.os 1 e 2, do Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas, aprovado pela Lei n.º 18/2007, de 17/5 e do art. 156.º, n.º 2, do Código da Estrada.

A intervenção no corpo das pessoas não é impedida pelo direito à integridade, “desde que a obrigação não comporte a sua execução forçada, sem prejuízo da punição em caso de recusa”, referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in Constituição, Anotada*, 4.ª ed., Coimbra Editora, p. 456.

O exame à escrita, no aspecto da recolha de autógrafos, não envolve qualquer lesão à integridade física, corpórea ou psíquica, ofensa à honra, dignidade, bom nome, reputação, tanto mais que essa recolha, por regra, ocorre em regime fechado, com o recato devido, apenas uma limitação da sua vontade, um agir num determinado sentido que não o por si desejado, de não se prestar a escrever, mas quando em confronto com o valor da administração da justiça, por estar em causa a indagação da prática de crime de falsificação, cede, por se situar, na justa ponderação de interesses, na colisão de interesses desiguais, num plano inferior —, arts. 36.º, n.º 1, do CP e 335.º, n.º 2, do CC.

O valor da liberdade individual não pode considerar-se auto-limitado em grau tão elevado que anule o direito do Estado e a defesa dos cidadãos ao direito à perseguibilidade penal, conservando a ordem de fazer o escrito sob cominação de desobediência

na hipótese de resposta negativa, ainda, intocado o núcleo duro daquele direito, que suporta, apenas, uma mínima restrição. Em todos os dias essa compressão é visível em variados sentidos da vida humana e nem por isso se diz ter sido abalado em grau insuportável esse direito fundamental.

O âmbito do exame e posterior perícia estão pré-definidos, porque não proibidos, estando tutelados a coberto do princípio da legalidade da prova e a densidade normativa em jogo evidencia que se trata de restrição accidental, quase bagatelar, não permanente ao direito fundamental, não grave, pacificamente aceite, proporcionada e adequada à prossecução do interesse penal envolvendo ponderação do direito minimamente atingido (cf. Ac. do TC n.º 340/2013, P. n.º 817/2012, de 17.6.2013).

Assim o dita a DUDHC, no seu art. 29.º, ao consentir que no direito interno se estabeleçam limitações destinadas a assegurar direitos e liberdades fundamentais, as justas exigências da moral, da ordem pública, da ordem pública e do bem estar; só é ilegítima a restrição aos direitos, liberdades e garantias em caso de colisão quando a restrição atente contra as exigências (mínimas) de valor que, por serem a projecção da ideia da dignidade humana constituem a essência, o conteúdo essencial, de cada preceito constitucional, sendo certo que inexistindo preceito constitucional que autorize a restrição ela pode ser apoiada na DUDHC, escreve VIEIRA DE ANDRADE, *in Manual de Direito Administrativo*, 125 e 238.

Mais recentemente na sua obra *Acordos sobre a sentença em processo penal*, Porto, 2011, p. 27, citada por CRUZ BUCHO, a p. 47, nota 116, do seu estudo, o eminente penalista Prof. FIGUEIREDO DIAS, acentua que é perigoso afirmar os direitos individuais como absolutos, declinando todo o equilíbrio com os direitos inalienáveis da comunidade. E se é certo que existe todo um limite inultrapassável baseado no respeito pela dignidade humana, na ponderação das garantias de defesa asseguradas no art. 32.º, n.º 1, da CRP, há que entrar, citando-se, “em conjugação, transacção ou concordância com os direitos de protecção e de realização da vida comunitária, suposto naturalmente que, como se exprime a nossa Constituição no art. 18.º, permaneça intocado o conteúdo do direito

fundamental e a sua limitação ocorra segundo os princípios estritos da necessidade e da proporcionalidade”.

A jurisprudência do TC, abordando o conteúdo não absoluto dos direitos, liberdade e garantias, salvaguarda a oposição de limites, desde que se mantenha incólume o seu núcleo duro, seja sustentada por lei da Assembleia da República ou Dec.-Lei autorizado (arts. 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, da CRP), vise a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, for necessária, adequada e proporcional para o efeito a atingir, tiver carácter geral e abstracto, sem efeito retroactivo e não diminuir a extensão do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais — cf. Acs n.ºs 155/2007, de 2.3.2007 e 340/2013, de 17.6.2013, respectivamente.

Tomando por referência que os arguidos foram pronunciados pela Relação, revogando este Tribunal superior o despacho de não pronúncia da autoria da M.<sup>ma</sup> juiz de instrução, estando em causa a averiguação em sede de instrução da eventual responsabilidade criminal por crime de falsificação de documento, pela prática de crime de desobediência ante a recusa na prestação de autógrafos, é de primeira evidência destacar que essa recolha não equivale à confissão do delito, à sua auto-incriminação, à sua inculpação, ademais podendo, em caso de prestação, o arguido dissimular o seu modelo de escrita manual, impossibilitando ou tornando extremamente difícil o fim a que propunha, constituindo “*obstruction on justice*”, no direito americano.

A controvérsia, nas palavras textuais do Ex.<sup>mo</sup> Procurador Geral-Adjunto neste STJ, sobre o exacto conteúdo e extensão do princípio do direito à não auto-incriminação, mormente no que diz respeito à possibilidade de utilização do arguido como meio de prova — quer por declarações quer por sujeição a outras formas de obtenção de prova —, tem de ser dirimida pela via da compatibilização ou concordância prática dos interesses em jogo, com salvaguarda dos direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente e apelo ao princípio da necessidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP), o que **não** vai, dizemos, ao encontro de uma proibição absoluta da prestação de autógrafos.

X. Invocar a desnecessidade da recolha de autógrafos para exame da letra sob alegação de recurso a outros meios, como a apreensão de documentos manuscritos ou apreensão em buscas, é ceder à maior complexidade de investigação, nem sempre possível, sendo certo que é conducente a um resultado futuro incerto, não necessariamente incriminatório, não sendo compreensível que em caso de recolha de sangue se conclua pela não cooperação activa ou confissão do delito e já não suceda na prestação coactiva.

De resto o Prof. COSTA ANDRADE na zona de fronteira já apontada, *op. cit.*, 127, situa o caso de exames, revistas ou recolha de sangue, como de difícil configuração auto-incriminatória.

A omissão do legislador de 87 não significa que tenha excluído o exame ou a incursão em desobediência, em caso de recusa, mas apenas que se não tornou necessária essa regulamentação pormenorizada, deixando-se o funcionamento do tipo criminal à verificação pelo intérprete segundo as circunstâncias do caso concreto.

De certo que o arguido tem o direito à não auto-incriminação, mas como se escreveu no Ac. deste STJ, de 2.4.2008, Rec. n.º 08P578, em nada colide com o dever de procura da verdade material, e levado às últimas consequências aquele direito não mais seria possível a prova da sua responsabilidade criminal porque tudo, salvo o que já excepcionalmente adquiriu por disposição expressa da lei, afrontaria o seu estatuto endo-processual.

A recolha, já o dissemos, não envolve qualquer ofensa, qualquer atentado aos direitos de personalidade relacionados com a honra, seu bom nome e reputação, à sua integridade física e moral, com tutela nos arts. 25.º e 26.º, n.º 1, da CRP e é bem menos gravosa àqueles direitos do que, em alguns casos, a tolerância passiva, nunca consentida na sua pureza, por envolver, também, manifestação de actividade, sendo inteiramente proporcionada e adequada, considerando o seu fim de descoberta da verdade material, sendo necessária, a importância e a gravidade do ilícito, além de incluída na formulação genérica contida no art. 61.º, n.º 3, d), do CPP.

Isto mesmo que, apontando a hipótese de simulação da escrita manual, se possa hipotizar o insucesso, desconhecido à partida, da diligência para indagação da verdade, insucesso que pode, por

outras razões, macular outras diligências, sem que a desnecessidade seja factor logo dissuasor.

Um Estado de direito não pode demitir-se do dever de assegurar o valor-pilar da descoberta da verdade material, salvaguardando, é certo, os direitos do arguido, que não deixa de ser pessoa por sobre ele impender um processo crime, impondo-lhe também deveres, inconcebível quando consagrado um estatuto de distanciamento demasiadamente alongado, tornado chocante e escandaloso, quanto ao ofendido.

Os exames grafológicos, envolvendo uma participação activa do arguido, sem a qual não é possível a sua efectivação, constituem um dever especial para aquele que emerge, com outros, da conjugação dos arts. 60.º e 61.º, n.º 3, d), do CPP, anota o Ex.º Cons. HENRIQUES GASPAR, no Código de Processo Penal, edição de 2014, Almedina, p. 217.

Com total pertinência, ainda a referência a um novo rumo por que a doutrina e a jurisprudência parecem querer enveredar, apelando para um clima de “*moral panic*” (COHEN) ou de estado de necessidade de investigação de que fala HASSEMER, assistindo-se a uma dramatização da violência, que “encosta a sociedade à parede”, levando a política criminal a abandonar a rigidez de princípios clássicos e a aceitar a sua relativização e funcionalização, nomeadamente no âmbito das proibições de prova que, em caso de criminalidade grave, postulam a consulta e exame dos diários privados e o encurtamento drástico do efeito à distância das proibições de valoração — cf. Prof. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 68.

Os arts. 8.º, da CEUD, 12.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e 17.º, do PIDCP, que, e citando-se o AC. da Rel. Lisboa, de 24.8.2007, P. n.º 6553/2007-05, apenas previnem as intromissões “arbitrárias e ilegais “contra a vida privada, família, domicílio, honra, consideração, etc., desvalor que se não pode assinar à dita recolha, não constituinte de meio de prova proibido, enquanto barreira oposta à descoberta da verdade material, limitando o poder estadual de perseguir criminalmente os prevaricadores, por razões de ordem ética e moral a que se deve sujeitar e dar exemplo.

Por isso que os recorrentes se não podiam eximir ao dever de sujeitar-se à recolha de autógrafos por força do preceituado no art. 172.º, n.º 1, do CPP, atribuindo à autoridade judiciária o poder de compelir — excluindo-se, evidentemente, o uso da força —, as pessoas a sujeição ao exame devido e sendo, nessa linha, advertidos pela autoridade judiciária, de que a recusa os faria incorrer em crime de desobediência, p. e p. pelo art. 348.º do CP, importa concluir pela legitimidade da ordem.

XI. E a concluir torna-se imperioso tecer algumas considerações que se prendem com a figura do M.º P.º a quem cabe a direcção, em exclusivo, do inquérito, afirmação solene do princípio do acusatório, direcção essa que é singular, sustentada pelo magistrado titular do inquérito, podendo o PGR determinar que outro magistrado o coadjuve — arts. 263.º do CPP e 68.º do EMMP. —, direcção conforme à delegação de poderes no órgão de polícia criminal, que pode ver revogado o elenco dos actos delegados.

O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas em ordem à sua decisão de acusação — art. 263.º, n.º 1, do CPP — nele podendo, no entanto, ter lugar, sob impulso do M. P., em qualquer fase, em relação a crimes de natureza particular ou semi-pública, contra pessoas ou o património, a denominada “mediação”, a coberto da Lei n.º 21/2007, de 12/6.

O crime de desobediência colhe tratamento no art. 348.º do CP, na sistemática penal dos crimes contra a autoridade pública, na redacção introduzida pelo Dec.-Lei n.º 48/95, de 15/3, e nele se protege a autonomia intencional do Estado, o poder-dever de ordenar, sem obstáculo, o cumprimento da ordem que, pelos seus agentes, emana, punido com prisão até um ano ou multa até 120 dias; sendo qualificada, como tal prevista na lei a prisão ascende a 2 anos ou, em alternativa, 240 dias de multa.

A lei em obediência ao princípio da tipicidade não prescinde, de forma exigente, da enumeração clara e precisa dos seus elementos típicos, entre eles da cominação de crime de desobediência, porém tratando-se de desobediência simples — n.º 1, b), do

art. 348.º do CP, e não estando prevista essa cominação, a exigência legal vai mais longe na medida em que ao incumprimento do mandado ou ordem legítima proferida no exercício das funções, para obviar ao arbítrio, não abdica da correspondente cominação para a ordem ou mandado não observados, como forma de a autoridade se autolimitar e o visado não se auto-desculpabilizar por ininteligibilidade.

A ordem há-de possuir dignidade própria, um sentido particularmente desvalioso, o significado de incumprimento, como se alude no acórdão recorrido “de um dever legalmente relevante”, de acção ou omissão, comunicados regularmente, acompanhada das legais formalidades, não sendo, portanto, qualquer ordem e seu incumprimento que geram o crime, cabendo ao intérprete e aplicador da lei, ajuizar da complexidade em cada caso.

A finalizar, e a propósito da sua respectiva estrutura típica anota CRISTINA LÍBANO MONTEIRO que «só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade donde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou mandado desse tipo, torna-se indispensável (...) que lhe seja regularmente comunicado». E esclarece a mesma autora que a ordem da autoridade ou funcionário «deve caber dentro das atribuições funcionais próprias ou delegadas de quem a profere: naquele momento, naquela matéria e para aquele lugar» — cf. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, 351 e ss.

Do mesmo modo, a ordem de prestação de autógrafos, emanada do Ex.<sup>mo</sup> Magistrado do M.P., no uso de um poder legal, de direcção do inquérito, não lhe estava vedada, era legítima pois se mostrava necessária e proporcionada ao fim em vista de apuramento de eventual responsabilidade por crime grave, como é o de falsificação, incorrendo os arguidos na prática de crime de desobediência, ao invés da solução acolhida no estudo supracitado citado no cap. VI.

Ao nível jurisprudencial além dos acórdãos recorrido e fundamento, acresce — ao que se apurou e só — no sentido do último, o supracitado Ac. deste STJ, de 1990 (Cap.VI).

XII. Nestes termos, e em conclusão, se decide neste Supremo Tribunal de Justiça:

1. Confirmar o acórdão recorrido, negando-se provimento ao recurso.

2. Fixar jurisprudência uniformizadora com o seguinte teor:

“Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Ex.<sup>mo</sup> Magistrado do M.P., em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo art. 348.º, n.º 1, b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária.”

3. Taxa de Justiça: 10 Uc.

4. Cumprimento do art. 444.º do CPP.

Lisboa, 28 de Maio de 2014.

*Armindo dos Santos Monteiro* (Relator) — *António Jorge Fernandes de Oliveira Mendes* — *José Adriano Machado Souto de Moura* (Vencido nos termos dos votos das Exmas. Colegas Isabel Pais Martins e Helena Moniz) — *Eduardo Maia Figueira da Costa* — *António Pires Henriques da Graça* (Com declaração) — *Raul Eduardo do Vale Raposo Borges* — *Isabel Celeste Alves Pais Martins* (Vencida conforme declaração que junto) — *Manuel Joaquim Braz* (Vencido, aderindo às declarações de voto das Ex.<sup>mas</sup> Conselheiras Isabel Pais Martins e Helena Moniz) — *Isabel Francisca Repsina Aleluia São Marcos* (Vencida nos termos da declaração de voto da Exma. Conselheira Isabel Pais Martins) — *Helena Isabel Gonçalves Moniz Falcão de Oliveira* (Vencida de acordo com a declaração que junto) — *António Pereira Madeira* — *José Vaz dos Santos Carvalho* (Vencido nos termos das declarações das Conselheiras Isabel Pais Martins e Helena Moniz) — *António Artur Rodrigues da Costa* — *António Silva Henriques Gaspar* (Presidente) — (Tem voto de conformidade do Senhor Conselheiro Santos Cabral, que não assina por não estar presente).

### **Declaração de voto**

Concordo sem reservas, com o presente acórdão de uniformização, tendo ainda em conta o seguinte:

**1.** A sociedade pluralista e multifacetada da segunda década do século XXI, fundamentada em cidadania livre e responsável, na sua estrutura jurídico-politicamente organizada (a que vulgarmente se chama Estado), encontra-se determinada pelo equilíbrio entre o *direito à liberdade* e o *direito à segurança*, ambos delimitados pela dignidade da pessoa humana, em inserção comunitária de liberdade responsável.

Ainda que — e parafraseando o art. 2.º da Constituição Portuguesa de 23 de Setembro de 1822 — «a liberdade consiste em não serem obrigados [os cidadãos] a fazer o que a lei não manda nem a deixar de fazer o que a lei não proíbe», o exercício do direito à liberdade radicando na vontade do agente, não o torna arbitrário, sob pena de anular a axiologia de integração e convivência comunitárias, e, assim, não exclui, nem pode excluir, a obediência ao ordenamento jurídico.

Por isso, o mesmo art. 2.º da referida Constituição, normativamente acrescentava:

«A conservação desta liberdade depende da exacta observância das leis».

**2.** Hoje, a Constituição da República Portuguesa (CRP) vigente, conforme a Lei n.º 1/2005, de 12 de Agosto de 2005, (sétima revisão constitucional), considera a República Portuguesa também «baseada na dignidade da pessoa humana» constituindo um «Estado de Direito Democrático» também baseado «no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais» (v. arts. 1.º e 2.º da CRP).

A validade das leis [...] depende da sua conformidade com a Constituição — n.º 3 do art. 3.

Em termos de direitos, liberdades e garantias pessoais (capítulo I do título II, da parte I da CRP) são reconhecidos, entre outros, os direitos à identidade pessoal, à cidadania, à protecção

legal contra quaisquer formas de discriminação, à dignidade pessoal, e “A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias» — art. 26.º.

O art. 27.º estabelece no n.º 1 que: «Todos têm direito à liberdade e à segurança».

Em termos de garantias de processo criminal, resulta do art. 32.º:

1. O processo criminal assegura todas as garantias e defesa, incluindo o recurso.

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, [...]

3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória. [...]

8. São nulas tidas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

3. Como já salientava FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Lições coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, p. 20, nota 29: “Quando se pergunta pelas finalidades do processo penal [...] pretende-se obter um *critério de valor* (ou, se preferirmos, um *modelo axiológico*) adequado à interpretação teleológica das singulares normas e à solução dos concretos problemas jurídico-processuais”.

A realização da justiça pressupõe a descoberta da verdade material, embora com respeito pela protecção dos direitos fundamentais das pessoas.

Mas “o Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis daí decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Ele exige também a protecção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça

penal, já que pretende ir ao encontro da verdade material” (F. DIAS, *ibidem*, p. 23, nota 32).

A descoberta da verdade material legitima e exige o restabelecimento da paz jurídica que convoca de um lado a necessidade de decisão no mais curto prazo possível, atenta a presunção de inocência do arguido, e de outro lado, a segurança da comunidade na eficácia das normas protectoras dos bens jurídico-criminais.

Eventuais conflitos de finalidades processuais penais, hão-de resolver-se pela concordância prática do processo penal, em que o respeito e protecção da dignidade da pessoa humana é exigência inultrapassável de denominador comum estruturante do processo e da sua validade.

4. Todos os factos «juridicamente relevantes» para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis, constituem objecto de prova. — art. 124.º do CPP.

Mas, apenas são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei — e 125.º do CPP.

Não são admissíveis métodos proibidos de prova.

Os métodos proibidos de prova encontram-se descritos no art. 126.º do CPP, nos quais não consta a recolha de autógrafos.

“A legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção da prova e as chamadas “proibições de prova” são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria verdade material.” (F. DIAS, *ibidem*, p. 133).

Como se explicita no presente acórdão de uniformização de jurisprudência:

«VIII. Retrocedendo ao nosso direito processual penal, em que releva para a decisão o disposto no art. 61.º, n.º 3, *d*), do CPP, por força do qual o arguido é obrigado ao especial dever de “Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e efectuadas por entidade competente”, o pragmatismo da norma está

em que o estatuto processual do arguido não é incompatível com a sujeição a diligências de prova ou meio de as obter, posto que esses deveres não afectem direitos fundamentais processuais, integrantes do seu direito de defesa, que não briguem com a dignidade da pessoa que vai ser objecto do arguido, que se quis ver reforçada como o novo CPP, enquanto “sismógrafo”, “espelho”, que o precedente Código não era, da realidade constitucional, sendo o direito processual penal “direito penal constitucional aplicado”, desenvolvendo as “normas da constituição processual penal”, nas palavras dos penalistas Profs. FIGUEIREDO DIAS e GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Para uma Reforma Global Processual Português, Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais, in Ordem dos Advogados, Para uma Nova justiça Penal, 1983, Almedina, 194 e Curso de Direito Processual Penal, I, 2000, Ed. Verbo, 29-30, respectivamente*».

Um dos meios de prova é a *prova pericial*, prevista no capítulo VI do título II do Livro III do CPP, Um dos meios de obtenção de prova está nos *exames*, previstos no capítulo I, do título III, do Livro III, do CPP.

5. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* na dogmática legal portuguesa está contemplado a nível das declarações em audiência, de harmonia com o art. 343.º do CPP.

Não é transportável para *perícias* e *exames* o direito ao silêncio, que é como quem diz, não há um direito á recusa de colaboração com as autoridades, nomeadamente, as judiciárias, como se depreende, literal e teleologicamente dos arts. 154.º, n.º 1 (Despacho que ordena a perícia), e 172.º (Sujeição a exame) do CPP, art. 6.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, sobre o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses, bem como do art. 417.º do Código de Processo Civil, que impõe o dever de cooperação para a descoberta da verdade.

Refere-se no Parecer n.º 62/2006, de 16-4-2007, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, a propósito de recolha de impressões digitais:

“3. Nas relações consigo próprio e com os outros, cada homem é um ser em si e só igual a si mesmo. Na verdade, «apesar de todas as modificações do seu ciclo vital e da autonomia na assunção das suas finalidades, ele é portador de uma unidade diferenciada, original e irrepitível, oponível externamente, na qual se aglutinam, se complementam e se projectam, identificando-se, todos os seus múltiplos elementos e expressões».

Essa unidade, constituída pelo conjunto dos elementos que permitem diferenciar uma pessoa dos seus semelhantes, constitui a respectiva identidade.

A multiplicidade e a diversidade das pessoas impõem a necessidade da individualização e da identificação de cada uma delas. Pela individualização, selecciona-se e fixa-se, de forma estável e acessível, um determinado número de caracteres da pessoa que permitem distingui-la das demais, a fim de possibilitar, a cada momento, o apuramento da sua identidade. Através da identificação, apura-se qual o indivíduo que, em concreto, corresponde aos caracteres determinados pela individualização.»

E, como esclarece ARTUR PEREIRA, *As Perícias na Polícia Judiciária, Polícia Judiciária, Directoria do Porto*, [PDF] publicação — Departamento de Biologia <[www3.bio.ua.pt/.../As%20Pericias%20na%20Polícia%20Judiciaria%20ArturPereira.p...](http://www3.bio.ua.pt/.../As%20Pericias%20na%20Polícia%20Judiciaria%20ArturPereira.p...)> que, pontualmente, vale a pena transcrever:

“As perícias de escrita manual assentam na análise comparativa de diversas características, quer gerais, quer específicas da escrita, procurando determinar a sua autoria, autenticidade e escrita a partir de vincos.

[...]

O autor de qualquer escrita pode ser identificado, desde que estejam providenciados “os hábitos de escrita, as individualidades, as características do seu autor, em quantidade e em qualidade...” (CONWAY, 1978, p. 31).

A escrita em questão será analisada e posteriormente comparada com exemplares adequados de escrita do seu autor, também denominados de autógrafos. Nenhuma escrita é susceptível de ser identificada se não for verdadeiramente

representativa da sua origem. De igual modo, não poderá ser determinado o seu autor, se as suas individualidades permanecerem desconhecidas.

[...]

No contexto das perícias de escrita, para que seja identificado o autor de uma escrita, inicialmente anónima ou com autoria desconhecida, tem de se efectuar a sua comparação com escritas conhecidas e cujo autor esteja já identificado. Deste modo, para analisar uma escrita é indispensável que esta seja submetida a um processo de confronto, para que sejam observadas todas as características gerais e individuais, presentes na escrita questionada e nos autógrafos.

[...]

A comparação forense de escrita insere-se no âmbito das ciências empíricas. Parte do pressuposto, que a caligrafia, no seu todo, tal como a impressão digital, é uma representação individual do ser humano. Com base na singularidade da escrita é possível identificar o seu autor.

Na prática este tipo de perícias serve um interesse, maioritariamente, de ordem criminal, ou seja, se determinada escrita, por exemplo uma assinatura, é autêntica ou falsa; ou então, de que indivíduo provém determinada escrita ou carta de ameaça, ou ainda uma falsificação de uma assinatura num cheque ou num testamento. Em resumo, ao submeter-se uma escrita a um exame pericial de escrita pretende-se averiguar a sua autenticidade ou por outro lado, determinar a sua autoria. Tal é conseguido através de uma análise comparativa, suportada pelas metodologias laboratoriais apropriadas, na qual se confronta a escrita questionada com os autógrafos.

[...]

A assinatura manuscrita ainda é dos métodos de identificação mais seguros. No futuro espera-se que a assinatura obtida e verificada a quatro dimensões (extensão, altura, pressão e velocidade) seja reconhecida enquanto característica biométrica como o são, por exemplo a íris ou a impressão digital. Não é possível imitar a dinâmica da pressão, as variações das formas e dos movimentos da escrita de outra

pessoa e em simultâneo utilizar a mesma velocidade. Mais significativo ainda, é o facto de a assinatura ser algo a que estamos habituados, temos sempre connosco, não a damos involuntariamente, e ninguém a pode falsificar nas suas quatro dimensões.

O elevado valor identificativo da assinatura continua incontestável».

6. Da mesma forma que não pode efectuar-se uma análise ao sangue, sem previamente haver lugar à sua recolha, para essa análise, não pode efectuar-se perícia sobre escrita ou assinatura, manuais, sem recolha prévia de autógrafos da pessoa investigada.

A recolha de autógrafos para efeitos de investigação criminal, é um acto preparatório *sine qua non* da realização de perícia e não importa violação do direito à identidade, ou de qualquer outro direito fundamental, antes é manifestação deste direito à identidade pessoal, e também não integra violação da dignidade da pessoa, antes manifesta modo de expressão social, através da escrita, do seu Ser e por isso o seu conhecimento não é proibido, porque não viola qualquer *direito ao segredo de ser*, ou violação de *direito ao sigilo*.

A recolha de autógrafos, assenta no *princípio da necessidade*, com tutela legal, para a descoberta da verdade material, não se apresenta como meio desproporcional, nem viola o *princípio da proibição de excesso*; outrossim, é meio de obtenção de prova legalmente válido, porque não proibido, nem ofende a dignidade, nem a integridade, de quem é obrigado a colaborar, que pode ter sempre a assistência de defensor no acto da diligência.

A presença do arguido na produção de prova ou em meio de obtenção de prova, não significa *de per se* qualquer auto incriminação, mas colaboração para a descoberta da verdade material, pois que somente após produção e valoração conjugada de todas as provas é possível formular um juízo indiciário sobre o feito, Entendimento contrário, salvo o devido respeito, poderá desvirtuar o processo penal, frustrar a sua finalidade, desprezar a verdade material, e violar o direito á segurança institucional na condução de um processo justo, quando a recolha de prova dependesse da necessária

intervenção do arguido, e este, por sua vontade a negasse, contri-  
buindo ditatorialmente por tal forma para a obstrução da justiça. —  
*António Pires Henriques da Graça.*

### **Declaração de voto**

Discordo da jurisprudência fixada por entender que, num inquérito por crime de falsificação de documento, é ilegítima a ordem dada pelo Ministério Público ao arguido no sentido de este produzir autógrafos, com vista à realização de exame pericial à escrita dele, com a cominação de, não o fazendo, incorrer na prática de um crime de desobediência da alínea *b*) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal.

Em breve súmula, pela seguinte ordem de razões:

A recolha de autógrafos do arguido é uma diligência proces-  
sual prévia à realização de um exame pericial de escrita manual do  
arguido, as mais das vezes nem sequer necessária ou indispensável  
à finalidade a que se destina, pois o Ministério Público disporá ou  
terá a possibilidade de dispor, para o efeito, de textos anterior-  
mente manuscritos pelo arguido.

Diversamente do que sucedia no Código de Processo Penal  
de 1929 (art. 195.º), não há hoje em dia qualquer disposição legal  
— no Código de Processo Penal ou em legislação avulsa — que  
expressamente obrigue o arguido a sujeitar-se a esta específica dili-  
gência e que preveja a consequência de uma eventual recusa.

A obtenção de um texto manuscrito pelo arguido, na sequên-  
cia de ordem que lhe seja dada para o escrever, configura a colabo-  
ração activa do arguido na elaboração de um documento.

Documento esse que se destina à realização de um exame peric-  
ial que pode vir a ser usado como meio de prova contra o arguido.

Por isso, a imposição ao arguido de, contra sua vontade,  
produzir autógrafos colide com o seu direito à não auto-incrimi-  
nação.

Daí que conclua pela ilegitimidade da ordem do Ministério Público de impor ao arguido que, contra sua vontade, produza autógrafos.

Ademais, os autógrafos obtidos, nessas circunstâncias, não constituirão exemplares verdadeiramente “autênticos” da escrita manual do arguido, justamente, por serem produzidos numa situação em que o arguido é “forçado” a colaborar com o Ministério Público para se eximir ao procedimento criminal por crime de desobediência.

\*\*\*

No tema, para mais amplos desenvolvimentos, remeto especialmente para o Estudo «Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto-incriminação (notas de estudo)» da autoria do Ex.<sup>mo</sup> Desembargador CRUZ BUCHO, disponível no sítio da internet do Tribunal da Relação de Guimarães. — *Isabel Pais Martins*.

\*\*\*

Voto vencida por entender que à luz da legislação atual, nomeadamente da Constituição da República Portuguesa e do Código de Processo Penal, não é possível entender como legítima a ordem dada, pelo Ministério Público, ao arguido, para que participe na diligência de prova de recolha de autógrafos, e, consequentemente, por considerar que o não cumprimento daquela ordem não integra o crime de desobediência, previsto e punido nos termos do art. 348.º, n.º 1, al. b), do Código Penal, porquanto:

a) O processo penal português de estrutura acusatória (integrado por um princípio de investigação), como decorre do disposto no art. 32.º, n.º 5, da CRP, é um processo que tem como finalidades a realização da justiça e a descoberta da verdade material, mas também a proteção dos direitos fundamentais das pessoas perante o Estado, e o restabelecimento da paz jurídica; a prossecução destas finalidades deve obedecer a uma concordância prática entre as finalidades em conflito, mas “situações há, no entanto, em que se

torna necessário eleger uma só das finalidades, por nelas estar em causa a intocável dignidade da pessoa humana. (...) Por isso, quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa — em regra do arguido, mas também de outra pessoa —, nenhuma transação é possível, havendo pois que dar prevalência à finalidade do processo penal que dê total cumprimento àquela garantia constitucional” [FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, lições coligidas por Maria João Antunes, Coimbra, 1988-9 (ed. policopiada), pp. 25-26].

b) Embora o arguido, enquanto sujeito processual, deva sujeitar-se à realização de exames, estes devem respeitar os direitos fundamentais, e porque estamos no domínio dos direitos, liberdades e garantias, ainda que o Ministério Público seja o titular da fase de inquérito, ainda assim tais atos devem ser ordenados ou autorizados pelo juiz de instrução (cf., por exemplo, arts. 269.º e 172.º, n.º 2, do CPP).

c) O princípio da não-auto-incriminação, enquanto decorrência da tutela da dignidade humana do arguido, da liberdade de ação e da presunção de inocência e “critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório” (COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 122 e 125), não sendo um princípio absoluto, “encontra o seu fundamento jurídico-constitucional imediato nas garantias processuais de defesa do arguido, destinadas a assegurar um processo equitativo” (Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 695/95), permitirá uma sujeição do arguido à recolha de elementos de prova, embora esta restrição deva estar expressamente prevista na lei e cumprindo os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação; assim sendo, ainda que se considere a medida idónea esta deve ser necessária, ou seja, “perante medidas que oferecem idêntica idoneidade, deve escolher-se a que ofereça o menor potencial de prejuízo para o visado, mesmo que exija mais tempo para a sua realização” (MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades — desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Alme-

dina, 2011, p. 256) obrigando a utilizar outros meios de obtenção de meios de prova, nomeadamente, buscas e/ou apreensões para obtenção de documentos, quando se mostrem possíveis ainda que demorados.

d) Diversas concretizações do princípio da não auto-incriminação encontram-se asseguradas no CPP português, nomeadamente o direito ao silêncio, ou o regime limitativo de sujeição a exames físicos ou psíquicos dependente da avaliação do juiz de instrução que deve ponderar a necessidade da sua realização (cf. art. 154.º, n.º 3, do CPP), assim exercendo a sua função de «juiz das liberdades», “função de controlo e garantia dos direitos das pessoas” e assegurando a jurisdicionalização de todas as medidas que diretamente contendam com as liberdades e garantias fundamentais (assim, FIGUEIREDO DIAS, em *A revisão constitucional, o processo penal e os tribunais*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa: Livros Horizonte, 1981, pp. 92 e 88).

e) O CPP atualmente em vigor desde 1987 (e com as alterações entretanto introduzidas) consagrou expressamente o direito ao silêncio do arguido, mas não consagrou expressamente a possibilidade de recolhas de amostras manuscritas do arguido, contrariamente ao que sucedia no CPP de 1929, onde se estabelecia que não sendo possível a obtenção de documentos que permitissem conhecer (e comparar) a caligrafia do arguido, então o juiz, quando fosse necessário, poderia sujeitar o arguido àquela diligência, não sem que, expressamente, LUÍS OSÓRIO (*Comentário ao Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 1932, 3.º vol., p. 207: “não parece estar em harmonia”), mostrasse alguma estranheza entre o facto de se consagrar o direito ao silêncio e, todavia, permitir esta recolha de autógrafos.

f) Uma restrição ao princípio da não-auto-incriminação, respeitadora do princípio da necessidade, adequação e proporcionalidade, será admissível, porém desde que consagrada em lei formal.

g) A submissão do arguido a diligências de prova, nos termos do art. 61.º, n.º 3, al. d), do CPP, apenas se impõe quando estejam “especificadas na lei”, sem o que não pode aquela restrição às

garantias do arguido ser-lhe imposta quando o arguido é utilizado como meio de prova contra si próprio, com clara violação da sua integridade moral (cf. art. 32.º, n.º 8, da CRP) (em sentido idêntico, COSTA ANDRADE, *ob. cit. supra*, p. 126).

*h)* A sujeição do arguido a recolha de autógrafos, contra a sua vontade, enquanto limitação ao princípio da não-autoincriminação, e fazendo a concordância prática entre os interesses em conflito, só deverá ser possível após consagração legal expressa, com cumprimento dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, o mesmo é dizer, quando outras diligências de prova não possam ocorrer para conseguir o mesmo propósito ou seja, quando não haja possibilidade de obter documentos que permitam fazer a necessária peritagem para averiguar da existência (ou não) de um documento falsificado.

*i)* Considerando-se que aquela limitação não está legalmente prevista, não podemos entender que possa ser ordenada pelo Ministério Público, com cominação do crime de desobediência.

Supremo Tribunal de Justiça, 28 de maio de 2014. — *Helena Moniz*.

COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO SUPREMO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA N.º 14/2014 —  
RECOLHA DE AUTÓGRAFOS E DIREITO À  
NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

Rec.º n.º 171/12.3taflg.g1 — A.S1

*Pela D.ª Andreia Cruz*

*SUMÁRIO:*

1. Introdução. 2. O problema da recolha de autógrafos — notas prévias. 3. Do âmbito da fixação da jurisprudência. 4. O Acórdão.

## **1. Introdução**

Foi recentemente proferido pelo STJ o acórdão de fixação de jurisprudência n.º 14/2014. O acórdão traz a debate o problema da recolha de autógrafos e da sua admissibilidade como meio de prova perante o direito à não auto-incriminação. Com efeito, mais do que a legitimidade, no caso objecto de análise pelo acórdão, do meio de prova da recolha de autógrafos, o STJ foi chamado a pronunciar-se acerca do âmbito de validade material do direito à não auto-incriminação.

## 2. O problema da recolha de autógrafos — notas prévias

O Código de Processo Penal Português prevê expressamente, no seu art. 61.º, n.º 1, alínea *d*), o direito ao silêncio do arguido. O direito ao silêncio é, reconhecidamente, um corolário do direito à não auto-incriminação, não previsto expressamente, mas admitido pela doutrina e pela jurisprudência portuguesas como um princípio constitucional não escrito.

O direito à não auto-incriminação do arguido colide, diversas vezes, com o dever que recai sobre o arguido de se sujeitar a diligências probatórias, designadamente exames de recolha de vestígios biológicos ou a entrega de documentos.

A diligência de recolha de autógrafos é, também, uma das diligências de prova que coloca em debate o alcance do direito à não auto-incriminação e tem frequentemente dividido a jurisprudência portuguesa, como veremos adiante.

Ao contrário do que sucede no actual Código de Processo Penal português, onde não há norma expressa que regule o regime da recolha de autógrafos, o Código de Processo Penal de 1929 previa, no seu art. 195.º, o denominado “exame para reconhecimento de letra”. A recusa em participar no exame constituía crime de desobediência qualificada, nos termos do n.º 3 do art. 195.º. Determinava o preceito: “o juiz ordenará, quando for necessária, que a pessoa a quem é atribuída a letra escreva na sua presença e na dos peritos, quando eles o pedirem, as palavras que lhe indicar. Se ela se recusar a escrever, incorrerá na pena de desobediência qualificada, sendo presa imediatamente e aguardando o julgamento sob prisão, se antes não cumprir a ordem do juiz, fazendo-se de tudo menção no auto da diligência”.

O debate sobre a obrigatoriedade de o arguido ser sujeito a diligências de recolha de autógrafos sob a cominação da prática de um crime de desobediência tem sido tema controverso nos tribunais portugueses. A divergência jurisprudencial, com efeito, acompanha a divisão da doutrina. É que decidir se o arguido pode ou não ser compelido a participar em recolhas de autógrafos sob a cominação da prática de um crime de desobediência tem por base, neces-

sariamente, uma concepção quanto ao âmbito de validade material do direito à não auto-incriminação.

Analisaremos, *infra*, a solução do acórdão do STJ n.º 14/2014.

### 3. Do âmbito da fixação de jurisprudência

Objecto de recurso para fixação de jurisprudência pelo STJ estavam dois acórdãos das Relações sobre a matéria da recolha de autógrafos e da sua admissibilidade perante o direito à não auto-incriminação — o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, proferido a 1 de Julho de 2013<sup>(1)</sup> em que foi decidido pronunciar os arguidos pela prática de um crime de desobediência por, em inquérito, no âmbito de um crime de falsificação de documento, os arguidos se terem recusado a participar numa diligência de recolha de autógrafos, ordenada pelo Ministério Público, que advertiu os arguidos da prática do crime de desobediência, em caso de recusa a participar na diligência e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, proferido a 28 de Julho de 2009<sup>(2)</sup>, que decidiu, em sentido oposto, que é ilegítima a ordem emanada pelo Ministério Público no sentido de o arguido realizar uma prova de recolha de autógrafos, sob cominação da prática de um crime de desobediência. O recurso para o STJ destinava-se, assim, a fixar jurisprudência perante dois acórdãos das Relações em contradição sobre a mesma matéria — *in casu* — a admissibilidade da recolha de autógrafos como meio de prova, sob a cominação da prática de crime de desobediência e a possibilidade de o arguido se recusar a colaborar nesta diligência probatória, invocando o seu direito à não auto-incriminação.

---

(1) Proc. n.º 171/12.3 TAFLG.G1.

(2) Proc. n.º 0816480.

#### 4. O Acórdão

O acórdão do STJ n.º 14/2014 fixou jurisprudência no sentido em que os arguidos que se recusarem a participar numa diligência de recolha de autógrafos para posterior exame e perícia, ordenada pelo MP, incorrem na prática de um crime de desobediência, nos termos do art. 348.º, n.º 1, alínea *b*), do Código Penal, depois de advertidos nesse sentido pelo MP.

O acórdão do STJ deve, quanto a nós, ser analisado em duas perspectivas: por um lado quanto ao modo como o STJ resolve o problema do enquadramento teórico da recolha de autógrafos vs direito à não auto-incriminação a partir do estado actual da discussão em torno desta matéria e, em segundo lugar, quanto ao alcance prático que futuramente o acórdão poderá fazer antever.

O acórdão do STJ pronuncia-se sobre a matéria objecto de fixação de jurisprudência ao longo de vinte e quatro páginas onde dá conta do actual estado da discussão em torno do alcance e conteúdo do direito à não auto-incriminação. Vejamos, em primeiro lugar, como é que o Supremo procede ao enquadramento desta matéria e como resolve o problema, em concreto, da recolha de autógrafos.

Da mesma forma que a doutrina e a jurisprudência maioritárias admitem a dimensão constitucional implícita do direito à não auto-incriminação, também o STJ considera aquele direito como um princípio constitucional não escrito.

O acórdão adopta uma visão maximalista do direito à não auto-incriminação, não o restringindo ao direito ao silêncio como o faz parte da doutrina<sup>(3)</sup>, reconhecendo que o direito à não auto-

---

(3) Neste sentido, FREDERICO COSTA PINTO, “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação (Parecer)”, in DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, ANDRADE, MANUEL DA COSTA, PINTO, FREDERICO COSTA, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra, Almedina, 2009 p. 75; LARA SOFIA PINTO, “Privilégio contra a auto-incriminação *versus* colaboração do arguido. *Case study*: revelação coactiva da *password* para descriptação de dados — *resistance is futile?*”, in BELEZA, TERESA PIZARRO/PINTO, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA (coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa — Estudos Sobre a Garantia da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 109 e “O dever de cooperação do contribuinte *versus* o direito à não auto-incriminação”, *Revista do Ministério Público*, Ano 27, n.º 107 (Jul.-Set.), 2006, p. 27.

incriminação abrange não apenas o direito de não prestar declarações como também um conjunto de diligências probatórias potencialmente conflituantes com aquele direito, como é o caso da recolha de vestígios biológicos, a entrega de documentos e, também, a recolha de autógrafos. E é a partir deste ponto que o STJ se depara, pela primeira vez, com a oportunidade de delimitar aquele que é o âmbito de validade material do direito à não auto-incriminação. Com efeito, mais do que solucionar se é legítima ou não a recusa pelo arguido em colaborar numa recolha de autógrafos ordenada por uma autoridade judiciária e, portanto, definir se este tipo de diligência está ou não integrada no âmbito do princípio *nemo tenetur*, o que o acórdão pode introduzir de novo na jurisprudência é a definição do exacto conteúdo e alcance do princípio *nemo tenetur*, a partir da adopção de um determinado critério ou de uma certa posição doutrinária ou jurisprudencial, já existente ou introduzida *ex novo* pelo STJ.

O acórdão aceita e reconhece, como já referimos, que a recolha de autógrafos, à semelhança de outras diligências, também colide com o direito à não auto-incriminação do arguido. O acórdão dá conta dos vários critérios que têm sido apontados pela doutrina e pela jurisprudência, designadamente, a jurisprudência do TC e do TEDH, como é o caso do critério, usualmente defendido na doutrina alemã, que distingue as diligências que implicam uma colaboração activa do arguido, em contraponto com aquelas que apenas implicam que o arguido tolere passivamente uma determinada acção sobre o seu corpo, esta última hipótese impossibilitando o arguido de invocar a prerrogativa contra a auto-incriminação, por não estar a participar activamente na realização da diligência.

O STJ faz ainda referência ao critério do TEDH adoptado no caso *Saunders c. Reino Unido* que se pode apelidar de critério da dependência/independência da vontade do arguido. O critério foi adoptado pelo TC no acórdão 155/2007<sup>(4)</sup> num processo onde estava em causa a recusa pelo arguido, acusado da prática de dois

---

(4) Proc. n.º 695/06; Relator: Conselheiro Gil Galvão.

crimes de homicídio, de se sujeitar à recolha de vestígios biológicos — no caso — uma zaragatoa bucal com vista à identificação do seu perfil genético<sup>(5)</sup>. O arguido foi sujeito à recolha contra a sua vontade, manifestando expressamente que não desejava participar na diligência, embora não tenha havido uso da força<sup>(6)</sup>. O TC considerou, adoptando a jurisprudência do TEDH no caso *Saunders*, que a recolha de vestígios biológicos do arguido constitui uma mera perícia de resultado incerto que não contende com o direito à não auto-incriminação do arguido pelo facto de os vestígios biológicos terem uma existência independente da vontade do arguido, motivo pelo qual o arguido não poderia invocar a prerrogativa contra a auto-incriminação para se recusar a participar na diligência.

O STJ não adopta o critério utilizado pelo TEDH e seguido pelo TC para resolver o problema da recolha de autógrafos, o que é natural se tivermos em conta a dificuldade de adaptação deste critério ao tipo específico que configura a recolha de autógrafos. O problema de saber se a recolha de autógrafos está ou não ao abrigo do direito à não auto-incriminação<sup>(7)</sup>, tem sido equacionado sobretudo a partir do critério colaboração activa/tolerância passiva, já mencionado. Sendo um critério sobretudo adoptado pela doutrina alemã, também um sector da jurisprudência nacional tem aderido a este critério sempre que chamada a pronunciar-se sobre o alcance do *nemo tenetur* no que respeita à recolha de autógrafos, embora não existisse, até à data, unanimidade entre a jurisprudência. De facto, para além dos dois acórdãos das Relações que originaram o recurso para fixação de jurisprudência do acórdão objecto

---

(5) A Lei 45/2004, de 19 de Agosto, regula as perícias médico-legais e forenses e a Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, estabelece a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal.

(6) A questão da possibilidade de sujeitar o arguido a uma diligência de prova com recurso ao uso da força é terminantemente rejeitada pela doutrina maioritária que não vê na expressão “compelido” insita no art. 172.º do CPP, a legitimação para tal conduta. Em sentido contrário, veja-se 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. 463.

(7) Para uma análise do problema veja-se o estudo de CRUZ BUCHO, “Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência, direito à não auto-incriminação”, de 13.10.2013, acessível in <www.dgsi.pt>.

de análise, o acórdão da Relação de Lisboa de 30.01.1990<sup>(8)</sup> considerou que a recolha de autógrafos tem o mesmo valor que a prestação de declarações, neste caso, sob a forma escrita, pelo que o arguido pode recusar-se a intervir numa recolha de autógrafos sem que dessa forma cometa o crime de desobediência. Encontrava-se, assim, uma jurisprudência dividida sobre a recolha de autógrafos o que, quanto a nós, parece ser o resultado de ainda não ter sido alcançado um ponto de consenso sobre aquele que é o conteúdo exacto do direito à não auto-incriminação.

A primeira dificuldade que se encontra quando se trata da recolha de autógrafos é, desde logo, o facto de esta diligência não estar expressamente prevista na lei<sup>(9)</sup>. Sucede que o art. 61.º, n.º 3, alínea *d*), do CPP prevê, entre outros, que recai sobre o arguido o dever de sujeitar-se a diligências de prova especificadas na lei. A questão coloca-se em saber se o arguido tem o dever de se sujeitar a todas e quaisquer diligências de prova, retirando claro está, as proibidas por lei, ou se tem de se sujeitar apenas àquelas que estão expressamente previstas na lei, como o termo “especificadas” parece sugerir. Na doutrina, aliás relatada no acórdão, GERMANO MARQUES DA SILVA considera, numa interpretação extensiva<sup>(10)</sup>, que o arguido tem o dever de se sujeitar a todas as diligências que não estejam proibidas por lei (art. 125.º do CPP). O acórdão opta também por uma interpretação extensiva e considera mesmo que o art. 61.º, n.º 3, alínea *d*), contém um enunciado geral e o termo “especificadas” comporta um alcance mais amplo, de carácter geral e que abarca todas as diligências não proibidas por lei. O STJ resolve, assim, através de uma interpretação extensiva do preceito, a dificuldade que resulta do facto de a recolha de autógrafos não se encontrar expressamente prevista na lei.

Ultrapassado este ponto, restava então ao STJ delimitar em que medida se poderia considerar a recolha de autógrafos como

---

<sup>(8)</sup> Proc. n.º 0004755; Relator: Sá Nogueira.

<sup>(9)</sup> Ao contrário do que acontecia no Código de Processo Penal de 1929, como vimos.

<sup>(10)</sup> Em sentido contrário, CRUZ BUCHO, *op. cit.*, pp. 7-9, adopta uma visão restritiva do preceito.

sendo uma diligência protegida pelo direito à não auto-incriminação e qual o critério que poderia fundamentar tal solução. O STJ não adopta no presente caso os diferentes critérios que têm sido apontados pela doutrina e pela jurisprudência, designadamente aquele que distingue a colaboração activa/tolerância passiva ou o critério adoptado pelo TC no seu acórdão 155/2007, enunciado pelo TEDH e adopta (pelo menos para decidir no caso objecto de fixação de jurisprudência), o critério da concordância prática dos direitos em conflito. O critério foi defendido por AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS<sup>(11)</sup> que, partindo da concepção de Dworkin e Alexy, consideram que a decisão sobre os diferentes princípios em colisão deve ser resolvida, não a partir de um critério de total aniquilamento de um deles, mas por meio de uma concordância prática que procure compatibilizar e salvaguardar ao máximo os seus respectivos conteúdos, harmonizando-os entre si na situação concreta. Por isso, a restrição de um dos direitos terá sempre de ser salvaguardada a partir de uma ponderação de acordo com o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP)<sup>(12)</sup>.

O STJ considera que o critério da concordância prática deve ser adoptado com base numa ponderação que, de acordo com critérios de proporcionalidade e necessidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP) compatibilize, por um lado, o direito à não auto-incriminação do arguido e, por outro lado, a tutela de valores penalmente relevantes como a investigação criminal e a descoberta da verdade material que, no caso objecto de fixação de jurisprudência pelo STJ tem de se sobrepor ao direito à não auto-incriminação dos arguidos.

Consideramos que o critério da concordância prática apresenta uma maior adaptabilidade a cada caso, o que não sucede com

---

<sup>(11)</sup> 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.

<sup>(12)</sup> Note-se que é também com base numa ponderação de acordo com o princípio da proporcionalidade, previsto no art. 18.º, da CRP, n.º 2, que Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos aceitam a submissão a testes de alcoolémia, designadamente pela necessidade de salvaguarda da vida e integridade física dos cidadãos que circulam nas estradas. Veja-se AUGUSTO SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS, *op. cit.*, pp. 25-27.

os critérios da colaboração activa/tolerância passiva ou o da dependência/independência da vontade do arguido, por natureza menos elásticos e, portanto, mais dificilmente aplicáveis a situações diferenciadas. Em todo o caso, estes dois critérios são susceptíveis de variadas críticas. Pense-se, por exemplo, nas situações dificilmente aceitáveis em que se considera que os vestígios biológicos têm uma existência independente da vontade do arguido ou que tolerar passivamente a realização de um exame no corpo de uma pessoa não possa ofender a sua dignidade ou a sua auto-determinação. Nesta última situação, a obtenção de material potencialmente incriminatório do arguido dificilmente se poderá aceitar à luz do direito à não auto-incriminação. Parece-nos, pois, que neste ponto a decisão do STJ apresenta-se, embora não totalmente isenta de objecções, correcta à luz de uma ponderação e aplicação dos diversos princípios e valores, constitucionalmente tutelados.

Em todo o caso, fica afastado pelo STJ o critério de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE<sup>(13)</sup> na parte em que postulam que qualquer limitação ao direito à não auto-incriminação tem de estar prevista em lei prévia e expressa, de forma a respeitar o princípio da legalidade — como vimos, a recolha de autógrafos não se encontra expressamente prevista na lei, nem no Código de Processo Penal, nem em qualquer diploma avulso.

Independentemente do critério escolhido pelo STJ, parece-nos que importa realçar que, nesta matéria, decidir em função de um determinado critério ou ponto de vista se uma diligência probatória está ou não salvaguardada pelo direito à não auto-incriminação não dependerá de saber se o conteúdo que se obterá com a realização da diligência é ou não incriminatório ou potencialmente incriminatório para o arguido. Essa conclusão não é válida para se admitir ou não uma restrição ao *nemo tenetur*, isto porque um direito tutelado constitucionalmente não pode ficar dependente de juízos, *a priori*, sobre os resultados de eficácia que com a sua restrição se poderão obter. Mas já consideramos válida a ponderação

---

<sup>(13)</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE/FREDERICO COSTA PINTO, “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (parecer)”, in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 44.

de valores encetada pelo STJ que, a partir dos princípios da proporcionalidade e necessidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP), considera o *nemo tenetur* passível de restrições para salvaguarda de outros valores relevantes, como a investigação criminal ou a descoberta da verdade material.

Porém, considerar que o arguido não tem um dever de colaborar com a Justiça parece-nos contrariar o ordenamento jurídico no seu conjunto e, em particular, o regime processual português. Repare-se no que preceitua o art. 60.º ao estipular que desde o momento em que uma pessoa adquire o estatuto de arguido são-lhe assegurados um conjunto de direitos e de deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias. E o art. 61.º, n.º 3, alínea *d*), elenca no conjunto de deveres processuais do arguido o dever de “sujeitar-se a diligências de prova”, podendo ser compelido por autoridade judiciária a fazê-lo, como prevê o art. 172.º do CPP.

Importa determo-nos no alcance prático que o acórdão do STJ poderá antever. Em bom rigor, um recurso extraordinário para fixação de jurisprudência tem a sua eficácia regulada no art. 451.º do CPP. A norma estabelece que a decisão que resolver o conflito tem eficácia no processo em que o recurso foi interposto e nos processos em que a tramitação tiver sido suspensa, nos termos do art. 441.º, n.º 2 (n.º 1). Fora destes casos, a decisão não constitui jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais, mas estes devem fundamentar as divergências relativas à jurisprudência fixada naquela decisão (n.º 2). Por isso, quanto ao problema da recolha de autógrafos, embora de forma não vinculativa, o STJ abre caminho a uma unanimidade na jurisprudência que, até aqui, se encontrava fortemente dividida.

Mas também se pode colocar a questão de saber se o acórdão de fixação de jurisprudência para a recolha de autógrafos não poderá estender o seu resultado a outros casos em que esteja em causa o direito à não auto-incriminação, mormente nos casos em que se coloca em causa o concreto âmbito de validade material do direito à não auto-incriminação, como é o caso da entrega de documentos (até *inclusive* de diários íntimos) ou da prova por reconhecimento.

Em todo o caso, deparamo-nos, no acórdão do STJ, com uma característica que parece encontrar-se sempre que se procurar debater o alcance do princípio *nemo tenetur*: ainda não foi encontrado um critério que permita, isento de críticas, para um conjunto alargado de diligências probatórias definir o concreto conteúdo e alcance do direito à não auto-incriminação. Também esta característica está presente, no caso que analisamos, num acórdão mais analítico do que inovador de soluções para um problema que tem feito discorrer páginas de reflexão sobre o tema, o que é compreensível se atendermos, desde logo, à dificuldade em se encontrar um critério que se aplique em todos os casos potencialmente conflituantes com o princípio *nemo tenetur*. Basta pensar, por exemplo, na diferença entre as diligências de entrega de documentos, de recolha de vestígios biológicos ou a prova por reconhecimento.



*Jurisprudência*  
*dos Conselhos*

RELAÇÕES DE URBANIDADE ENTRE  
ADVOGADO E MAGISTRADO;  
*ANIMUS DEFENDENDI*

*Relator:* Dr. Júlio Elvas Pinheiro

**Despacho**

Foi recebida no Conselho Distrital ..., cf. fls..., participação disciplinar datada de 10 de Abril de 2014, subscrita pelo Ex.<sup>mo</sup> Sr. Dr. ..., Procurador Adjunto junto dos Serviços do Ministério Público de ... , contra a Ex.<sup>ma</sup> Sra. Dra. ..., que requerera a intervenção hierárquica do Senhor Procurador da República/ Serviços do Ministério Público de ..., (processo n.º ...) sustentando o aqui Participante que a causídica, naqueles autos patrocinando a Assistente, violou designadamente deveres de Urbanidade e de Correção, assim infringindo os arts. 83.º, n.º 2, 90.º, 105.º e 110.º dos Estatutos da Ordem dos Advogados.

A referida participação, foi remetida pelo Conselho de Deontologia ..., por documento de fls..., datado de 16 de Junho de 2014, a este Conselho Superior, por ser o órgão competente *ratione personae* (art. 54.º, alínea *a*) *in fine* dos nossos Estatutos), cf. fls...

O Ex.<sup>mo</sup> Senhor Presidente do Conselho Superior [...], autuou o expediente como Apreciação Liminar em 26 de Junho de 2014,

tendo na mesma data distribuído os autos ao signatário (fls. ...), a quem foram conclusos em 4 de Julho (fls. ...).

Por Despacho de 16 de Novembro de 2014, a fls. ..., o Relator determinou a notificação da Sra. Advogada Participada, para esta se pronunciar, querendo, sobre o teor da Participação ao abrigo do que dispõe o art. 3.º, n.º 3, do Regulamento 873/2010 (Regulamento Disciplinar), tendo-se esta pronunciado.

Uma brevíssima súmula de cada uma das peças processuais relevantes (quer do âmbito do processo judicial quer do âmbito desta Apreciação Liminar) agora se nos impõe.

No requerimento judicial que dirigiu ao superior hierárquico do, nestes autos, Participante, a aqui Participada opõe-se ao arquivamento de inquérito, no âmbito do supracitado processo n.º ..., criticando o Despacho de Arquivamento que o consubstancia e concluindo favorecendo a formulação de acusação.

Para tanto refere, nomeadamente, a Participada (fls....):

— Com enorme estupefação e tristeza a assistente deparou-se com uma forma de raciocínio e discurso totalmente retrógrado e incoerente no Despacho de Arquivamento (art. 4.º);

— Que parece ser inacreditável mas o texto (do Despacho) diz o seguinte: “ realça-se a história de violência verbal descrita pela visada, diária e uma frequência inferior a um episódio de agressão física por mês” (art. 5.º);

— Que ficou inequivocamente demonstrado que a Assistente padece de doença oncológica, sendo o mau trato verbal e o desrespeito pela mesma violência doméstica (art. 7.º);

— Que na sua redação atual o art. 152.º do CP deixou de exigir a reiteração na prática de maus tratos físicos ou psíquicos (art. 8.º);

— A forma como este inquérito foi conduzido levanta, com o devido respeito, dúvidas quanto à parcialidade (*sic*) que deve paupar quem a conduz (art. 16.º);

— Tal raciocínio, e mais uma vez com o devido respeito, causa repulsa e dúvidas quanto à sensibilidade dos tribunais em relação às vítimas (art. 21.º);

— Todo o texto do despacho de arquivamento, apesar de confuso, é manifestamente parcial e violador, esse sim, dos direitos da vítima (art. 22.º);

— Com o arquivamento deste processo, o Senhor Procurador acreditou apenas no arguido, esquecendo-se dos direitos da vítima (art. 27.º).

No seu Despacho de sustentação, o aqui Participante refere nomeadamente (fls. ... e sgs):

— Reitera na íntegra os fundamentos de facto e de direito consignados no despacho em crise;

— Configura-se-lhe a existência de efetiva violação da parte da mandatária da requerente de tal direito (de defesa), extravasando as suas funções e exorbitando os termos da crítica que, salutar, não deveria ser desrespeitosa ou, como no caso, ofensiva, agravada por não essencial;

— A mandatária faz juízos de valor, tergiversando o objeto dos autos, não pondo em causa os factos apurados ou a apurar, fazendo afirmações conclusivas sem reflexo no despacho em crise, fazendo inferências abusivas e ofensivas, atentatórias da seriedade do subscritor, pondo em causa, reiteradamente, a sua imparcialidade, optando por discurso semeado por “facadas, tiros, olhos pisados, regados com gasolina” para motivar o seu dissenso quanto ao arquivamento dos autos;

— Encontrando-se posta em causa a imparcialidade do subscritor, e revelando-se tal suspeição como suscetível de gerar desconfiança na sua imparcialidade, configura-se fundado o pedido de escusa, que requer (art. 43.º, n.º 4, CPP).

O Senhor Procurador Coordenador refere, nomeadamente (fls....; atenho-me exclusivamente aos tópicos conclusivos):

— A intervenção hierárquica foi tempestivamente suscitada, estando em condições de ser recebida;

— Impõe-se a revogação do douto despacho reclamado, embora não inteiramente em razão da motivação, de facto e jurí-

dica, avançada na reclamação que avance-se, se tem em alguns pontos como desprimorosa e até ofensiva;

— Não vê que haja motivo sério e grave que seja adequado a gerar desconfiança sobre a imparcialidade do magistrado titular do inquérito, pelo que indefere o pedido de escusa formulado.

Notificada a S.<sup>ra</sup> Advogada Participada, para esta se pronunciar, querendo, sobre o teor da Participação (art. 3.º, n.º 3, do nosso Regulamento Disciplinar) refere nomeadamente, a fls.... e segs.:

— A Participada constitui-se mandatária de vítima de violência doméstica (art. 2.º);

— O processo crime teve na sua fase de inquérito diversas diligências, sendo as mais significativas as tomadas de declarações da ofendida e dos seus filhos, que durante todas as suas vidas e enquanto viveram em casa de seus pais presenciaram a violência perpetrada pelo arguido contra a ofendida (art. 5.º);

— Está totalmente equivocado o Participante quando subsumiu a conduta da Participada, naquele requerimento, como tendo carácter penal, considerando que as expressões escritas utilizadas são difamatórias da sua pessoa; na opinião da Participada, está totalmente equivocado, na medida em que nunca esta no exercício das funções e na defesa do interesse da ofendida pretendeu difamá-lo (art. 13.º);

— O advogado, pela essência das suas funções, tem que ter a liberdade de poder exprimir a sua opinião em relação a quaisquer despachos ou decisões que afetem os seus clientes, sem ter que ter receio que as suas palavras possam ser mal interpretadas ou sancionadas (art. 14.º);

— A liberdade de opinião e de expressão são indissociáveis (art. 16.º);

— As expressões escritas pela participada constituem a emissão de uma opinião crítica quanto à atuação dos serviços do Ministério Público e não quanto à atuação do Sr. Procurador, como indivíduo (art. 18.º);

— A Participada apenas, e no estrito exercício da advocacia, colocou num requerimento adjetivos que pretenderam qualificar o arquivamento efetuado e nunca qualificar negativamente, por nunca pretender ser sua intenção, o trabalho desenvolvido pelo Sr. Procurador, aqui Participante (art. 23.º).

É chegado o momento de apreciar.

Uma primeira e óbvia constatação, que não parece irrelevante nesta sede, consiste em reconhecer que, relativamente ao desfecho do requerimento que a aqui Participada dirigiu ao superior hierárquico do aqui Participante, resulta inequivocamente do mesmo processo judicial que foi aquela e não este a ter razão. E porquê? Porque a pretensão revogatória do Despacho de arquivamento veio a colher (cf. fls. ....), não obstante a argumentação contrária aduzida no Despacho de Sustentação e a não inteira (mas apenas parcial) coincidência na motivação entre a requerente e o decisor (fls. ...), tendo, a final, ocorrido a revogação do referido Despacho de Arquivamento, determinada doutamente pelo Senhor Procurador Coordenador.

E porque veio a ser revogado o referido Despacho de Arquivamento, assim se reabrindo (como pretendia a aqui Participada e se opunha o aqui Participante) o inquérito? Porque — assim no-lo diz, expressamente, o Senhor Procurador Coordenador, tal Despacho é tributário de uma assunção errada e superficial: “Nesta aceção, numa primeira e superficial leitura, poderia assumir-se como, salvo o devido respeito, erradamente se fez no despacho impugnado, que não resultariam dos autos indícios (suficientes) de haver o arguido praticado o crime de violência doméstica de que era suspeito” (fls....).

Impõe-se portanto uma segunda constatação: a aqui Participada, quando subscreve o requerimento ora em apreço, está a reagir contra um Despacho objetivamente errado (erro que viria a inquinhar o Despacho *in totum*, levando à sua revogação pelo superior hierárquico do aqui Participante, na sequência de requerimento que aquela interpôs); porém, apenas a causídica (e não, evidente-

mente, o respetivo autor) tinha consciência, à data em que é requerida a intervenção hierárquica, do erro de que padecia o dito Despacho de Arquivamento.

E, terceira constatação, é no contexto da reação a um erro processual do Senhor Procurador (erro que, se insanado, teria reflexos desfavoráveis nos interesses da Assistente que patrocina), que se deve entender e enquadrar a energia reativa exibida pela aqui Participada no requerimento que subscreveu e veio a dar causa à presente Participação: a energia de quem luta contra um erro relevante que, doutro modo e faltando aquela reação, quedaria sem correção.

Deste ponto de vista, toda a dialética processual em que assenta esta Apreciação Liminar pode reconduzir-se ao conjunto de efeitos e vicissitudes emergentes da reação jurídica da mandatária, exercitada nos termos processualmente adequados (cf. fls....), contra um erro no processo judicial.

É precisamente esta reação (*rectius*: o modo desta reação) que o Sr. Procurador questiona.

O Sr. Procurador, aqui Participante, "sem prejuízo de outra e avisada decisão de subsunção jurídica", entende que a Participada praticou factos integradores de infrações disciplinares estatutárias previstas nos arts. 83.º, n.º 2, 90.º, 105.º e 110.º dos Estatutos da Ordem dos Advogados, designadamente a violação dos deveres de Urbanidade e Correção (fls....).

Sobre o dever geral de urbanidade, determina o art. 90.º dos nossos Estatutos que:

No exercício da profissão o advogado deve proceder com urbanidade, nomeadamente para com os colegas, magistrados, (...).

Ao dever de correção refere-se o art. 105.º, cujo n.º 1 dispõe que:

O advogado deve exercer o patrocínio dentro dos limites da lei e da urbanidade, sem prejuízo do dever de defender adequadamente os interesses do seu cliente.

O n.º 2 do art. 83.º determina que:

A honestidade, probidade, retidão, lealdade, cortesia e sinceridade são obrigações profissionais.

Aqui chegados, merece recapitulação jurisprudência firme deste Conselho Superior sobre o tema em assunto, que aqui se convida exemplificativamente para iluminar a conduta da Participada, segundo os nossos Estatutos e para efeitos de sindicância de eventual responsabilidade:

“A decisão acerca do que é necessário ao bom desempenho do mandato ou ao cumprimento do dever de defender adequadamente os interesses do seu cliente compete ao Advogado.

É ele quem define a estratégia global e a tática da defesa e é a ele que compete a responsabilidade de construir o discurso da defesa. Só ele pode, em seu juízo e consciência, e à luz do que entender adequado à defesa adequada dos interesses do seu cliente, escolher os temas a introduzir na discussão, as imputações a fazer e as expressões a utilizar. Nem poderia ser de outro modo, sob pena do Advogado ver postergada a sua independência.

Nesse sentido, deve presumir-se-lhe, enquanto no exercício do patrocínio — e, assim, no desempenho de função de interesse público — o *animus defendendi* e ter por necessárias à defesa da causa as expressões que utiliza ou as imputações que faça.

Esta presunção só deve ser afastada se, num juízo de ponderação, feito segundo as *leges artis*, sobre as circunstâncias processuais concretas em que foram produzidas as expressões ou imputações ofensivas utilizadas e os fins a que obedeceu o seu uso, se concluir que elas foram ostensivamente inadequadas à defesa da causa.

Em tais situações, porque as expressões ou imputações ofensivas foram utilizadas *ad hominem*, o Advogado exorbita do exercício da função de interesse público em que está envolvido excede os limites que legitima a sua livre atuação.

Emerge então a tutela da honra das pessoas ofendidas pelas expressões ou imputações do Advogado, porque deixam de estar presentes as razões de interesse público que as sacrificavam”.

(in Jurisprudência do Conselho Superior, 2005/2007, Parecer n.º R-155/05, aprovado por Acórdão de 23 de Março de 2007, Relator Dr. Virgílio Vasconcelos Ribeiro, p. 435).

E ainda, em outro parecer do mesmo Relator, aprovado por Acórdão de 26 de Outubro de 2007 (*op. cit.*, pp. 607 e 609):

“Os juízos de apreciação e de censura crítica, dirigidos a obras artísticas, académicas ou profissionais, a prestações performativas, a intervenções no debate político, independentemente do seu acerto ou da sua pertinência, da carga depreciativa que contenham ou da sua elegância, não fazem apelo à tutela da honra dos criticados. Não têm dignidade penal, por atipicidade. (...).

As restrições à liberdade de expressão só serão admissíveis nos casos em que for ultrapassado o limite a partir do qual estão já ausentes as razões de interesse público em se sustenta a sua proteção e que justifiquem o sacrifício do direito à honra.

Esse limite é o da crítica caluniosa — a crítica em que os elementos informativos e formativos inexistem e em que a motivação única é o ataque *ad hominem*, o insulto, a humilhação pessoal, o aviltamento da pessoa do visado (“ataque pessoal, alusão deprimente ou crítica desprimorosa, na linguagem do EOA) e o da imputação gratuita de factos desonrosos sem que se tenha fundamento sério para em boa fé os reputar verdadeiros”.

Ora, lendo e relendo várias vezes o requerimento subscrito em ... pela Participada, em vão se encontrará, em meu parecer, qualquer ataque pessoal, alusão deprimente ou crítica desprimorosa da pessoa do visado (verdadeira síntese da fórmula estatutária da correção e da urbanidade — art. 107.º, n.º 1, alínea *a*) — o qual, embora literalmente redigido para reger as relações recíprocas entre advogados, se não deixará de aplicar, por identidade de razão, às relações entre advogados e magistrados), nem qualquer imputação gratuita, suscetível de abespinhar ou de ofender, de qualquer modo, a pessoa do Sr. Procurador, aqui Participante: Ao contrário, a formulação do requerimento releva da reação, já assinalada supra, a um erro relevante do Despacho de Arquivamento, erro que a causídica certamente identificara e lhe importava de sobremaneira (no interesse inequívoco da Assistente, que patrocinava) erradicar, sendo tal formulação finalisticamente ordenada à obtenção, por parte do superior hierárquico do aqui Participante, de uma decisão de revisão do sobredito Despacho, que justamente a impe-

trante considerava errado. E aqui, sem necessidade de mais indagação, está o *animus defendendi*.

A convicção do signatário, vinda de declarar, sobre a inexistência de violação de deveres de urbanidade ou de correção pela Participada, não é abalada pela circunstância de (em duas passagens, que se transcrevem adiante, do seu requerimento), a causídica aludir explicitamente à parcialidade do Participante (circunstância referida pelo Sr. Procurador, no respetivo pedido de escusa, a fls. ...). A saber:

— “A fórmula como este inquérito foi conduzido levanta, com o devido respeito, dúvidas quanto à *parcialidade (sic)* que deve pautar quem o conduz” (art. 16.º);

— “Todo o texto do despacho de arquivamento, apesar de confuso e manifestamente parcial e violador, esse sim, dos direitos da vítima, (art. 22.º).

Não parece todavia que a menção da parcialidade, no contexto em que ocorre, mereça censura ou seja ofensiva para o aqui Participante. Em anotação ao art. 43.º do CPP, lê-se no site da Procuradoria Geral Distrital de Lisboa <<http://www.pgdlisboa.pt/>> o seguinte apontamento de jurisprudência, por demais útil no caso em apreço:

“3. Ac. TRE de 27-01-2007: O art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Direito a um processo equitativo) estabelece garantias das quais ressalta a 'imparcialidade', enquanto elemento 'constitutivo e essencial' da noção de Tribunal.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem vindo a desenvolver jurisprudência concretizadora do conceito de 'tribunal imparcial' que assenta numa dupla ordem de considerações; de uma perspetiva subjetiva, relativamente à convicção e ao pensamento do juiz numa dada situação concreta, não podendo o tribunal manifestar subjetivamente qualquer preconceito ou prejuízo pessoais, sendo que a imparcialidade pessoal do juiz se deve presumir até prova em contrário. Numa perspetiva objetiva da imparcialidade exige que seja assegurado que o tribunal ofereça garantias suficientes para excluir, a este respeito, qualquer dúvida legítima”.

Ou seja: uma noção mais envolvente de (im)parcialidade implica a consideração de diferentes planos e significados, sendo que um destes se refere “à convicção e ao pensamento do juiz numa dada situação concreta”, à sua orientação e *way of reasoning*.

É convicção do signatário que, referindo-se à parcialidade, no contexto em que o fez, a Participada estava preocupada com o que então lhe pareceu (ainda que com dúvidas, como expressamente afirma no art. 16.º do seu requerimento) ser uma mundividência ou modo de raciocinar do Tribunal menos solícita para a condição das vítimas e, destarte, menos sensível para situações de notória fragilidade pessoal como aquela que, sem nenhuma dúvida para o aqui signatário, caracteriza a assistente que aquela patrocina. A ser assim, ou seja, caso se verificasse efetivamente, na realidade, uma situação desse jaez, estaria em causa a imparcialidade do Tribunal. Ora, suscitado pelo aqui Participante o incidente de escusa, essa aparente situação, que dúvidas suscitou à Participada, veio a demonstrar-se inexistir, atenta a decisão do Senhor Procurador Coordenador de fls. ....

Nunca, porém, conforme explicitamente esclareceu a Participada, no âmbito desta Apreciação Liminar (fls. ... e ...), a Participada pretendeu qualificar negativamente, por nunca assim pretender ser sua intenção, o trabalho desenvolvido pelo Sr. Procurador (art. 23.º), do mesmo modo que nunca, no exercício das funções e na defesa do interesse da ofendida pretendeu difamá-lo (art. 13.º).

Importa ainda referir que, tudo visto, ficou reiterada (fls. ...) a inquestionável imparcialidade, quer em geral quer para o caso concreto, do Sr. Procurador aqui Participante, assim se reforçando a confiança e o prestígio do Tribunal.

Tomando posição:

Face a quanto antecede, e nos termos do art. 3.º, n.º 4, primeira parte do Regulamento Disciplinar, determino o arquivamento.

mento dos autos, por inexistência, na convicção do signatário, de conduta disciplinarmente relevante por parte da Participada, no que concerne à matéria da Participação trazida aos autos.

Notifiquem-se o Participante, a Participada e o Conselho de Deontologia...

*Lisboa, 9 de Janeiro de 2015.*

JÚLIO ELVAS PINHEIRO



# SERVIÇO DE PESQUISA DE ADVOGADOS POR MEIO DE DIRECTÓRIO CONSTANTE NA INTERNET

Processo n.º 20/PP/2014-G

*Relator:* Dr. Nuno Godinho de Matos

A Excelentíssima Senhora Dr.<sup>a</sup> ... solicitou à Ordem dos Advogados que emitisse parecer sobre a seguinte matéria:

*(...) nos termos do disposto no art. 45.º, n.º 1, alínea d), do Estatuto da Ordem dos Advogados, (...) seja emitido parecer sobre a possibilidade de existir um serviço de pesquisa de Advogados por meio de um directório constante na Internet.*

*O serviço de informação está configurado para ser prestado por meio de uma aplicação na Internet, disponível através de um site <www...>, disponibilizado pela empresa ..., com escritórios em Coimbra (...) que constitui um directório de advogados, através do qual o público pode obter informações detalhadas em relação aos advogados subscritores do serviço.*

*O objectivo essencial do serviço é estabelecer uma plataforma de ligação entre o consumidor e o prestador de serviços, através do qual procura ser um meio de pesquisa onde a informação disponibilizada corresponde à solicitada pelo utilizador, de acordo com os critérios de pesquisa introduzidos pelo mesmo.*

*Está em causa um único tipo de serviços, consistente no acesso ao directório de advogados, via Internet, de acordo com os critérios de pesquisa introduzidos pelo utilizador.*

*Trata-se de um serviço objectivo, independente e de utilização gratuita que permite ao público obter informação essencial sobre advogados e seleccionar aqueles que satisfazem uma correspondência racional cliente advogado, baseando o seu critério de escolha em informação consistente e uniforme.*

*O processo de procura e consulta de informação sobre advogados é efetuado de forma intuitiva, eficiente e esclarecedora, respeitando quer os Estatutos da Ordem de Advogados quer a posição especial que o advogado ocupa na sociedade.*

*Trata-se de um serviço idêntico ao serviço disponibilizado pelas xxx e com o qual a Ordem dos Advogados celebrou protocolo e ao serviço yyy, entretanto extinto e para o qual foi emitido parecer favorável pelo conselho geral, no Parecer (...).*

*É objectivo do projeto concentrar esforços para que a forma racional de procura e selecção de advogados prevaleça, beneficiando o público, a advocacia e a qualidade da assistência jurídica em geral, encorajando os advogados a disponibilizarem ao público a informação de que este necessita e à qual tem direito.*

*Requer-se, assim, seja emitido parecer no qual se declare se é admissível a existência de directórios de Advogados, como meio de pesquisa, com informação disponibilizada ao público e com critérios de procura enquadrados materialmente com as normas deontológicas em sede de publicidade e informação profissional.*

Se bem se compreende o objectivo do presente pedido de parecer pretende-se que o Conselho Geral da Ordem dos Advogados diga se é ou não legal, a criação de uma base de dados sobre advogados, nos quais os mesmos se inscrevem, a qual, depois, é consultada pelo público. Destinando-se a mesma a facilitar ao consumidor de serviços jurídicos encontrar um ou mais profissionais que o possam servir na sua necessidade de aconselhamento jurídico.

Para responder a esta questão a norma fundamental é a do art. 89.º do Estatuto da Ordem dos Advogados onde se prevê que:

1 — *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 — *Entende-se, nomeadamente, por informação objectiva:*  
a) *A identificação pessoal, académica e curricular do advogado ou da sociedade de advogados; b) O número de cédula profissional ou do registo da sociedade; c) A morada do escritório principal e as moradas de escritórios noutras localidades; d) A denominação, o logótipo ou outro sinal distintivo do escritório; e) A indicação das áreas ou matérias jurídicas de exercício preferencial; f) A referência à especialização, se previamente reconhecida pela Ordem dos Advogados; g) Os cargos exercidos na Ordem dos Advogados; h) Os colaboradores profissionais integrados efectivamente no escritório do advogado; i) O telefone, o fax, o correio electrónico e outros elementos de comunicações de que disponha; j) O horário de atendimento ao público; l) As línguas ou idiomas, falados ou escritos; m) A indicação do respectivo site; n) A colocação, no exterior do escritório, de uma placa ou tabuleta identificativa da sua existência.*

3 — *São, nomeadamente, actos lícitos de publicidade:* a) *A menção à área preferencial de actividade; b) A utilização de cartões onde se possa colocar informação objectiva; c) A colocação em listas telefónicas, de fax ou análogas da condição de advogado; d) A publicação de informações sobre alterações de morada, de telefone, de fax e de outros dados relativos ao escritório; e) A menção da condição de advogado, acompanhada de breve nota curricular, em anuários profissionais, nacionais ou estrangeiros; f) A promoção ou a intervenção em conferências ou colóquios; g) A publicação de brochuras ou de escritos, circulares e artigos periódicos sobre temas jurídicos em imprensa especializada ou não, podendo assinar com a indicação da sua condição de advogado e da organização profissional que integre; h) A menção a assuntos profissionais que integrem o currículo profissional do advogado e em que este tenha intervindo, não podendo ser feita referência ao nome do cliente, salvo, excepcionalmente, quando*

*autorizado por este, se tal divulgação for considerada essencial para o exercício da profissão em determinada situação, mediante prévia deliberação do conselho geral; i) A referência, directa ou indirecta, a qualquer cargo público ou privado ou relação de emprego que tenha exercido; j) A menção à composição e estrutura do escritório; l) A inclusão de fotografia, ilustrações e logótipos adoptados.*

4 — *São, nomeadamente, actos ilícitos de publicidade: a) A colocação de conteúdos persuasivos, ideológicos, de auto-engrandecimento e de comparação; b) A referência a valores de serviços, gratuidade ou forma de pagamento; c) A menção à qualidade do escritório; d) A prestação de informações erróneas ou enganosas; e) A promessa ou indução da produção de resultados; f) O uso de publicidade directa não solicitada.*

5 — *As disposições constantes dos números anteriores são aplicáveis ao exercício da advocacia quer a título individual quer às sociedades de advogados.*

Esta norma consagra os limites impostos aos profissionais, em prática singular ou organizados em sociedades, relativamente ao que podem divulgar sobre a sua actividade, como meio de se apresentarem ao público consumidor de serviço.

Desde que esta norma seja respeitada, não existirá qualquer violação da lei, em que o nome do profissional e as suas áreas de preferência de actuação surjam divulgadas através de uma base de dados, de consulta automática.

O bem jurídico que se pretende salvaguardar é a dignidade, seriedade e objectividade da informação veiculada pelo profissional. Pretende-se, entre muitas outras coisas, que não seja possível a um profissional apresentar-se como melhor que os outros; mesmo que isso seja feito por modo indirecto, como, através da publicação de uma lista de clientes, que sugira determinadas capacidades.

Procura-se que, sempre que o nome de um advogado surja, o mesmo seja acompanhado por reais qualificações, mas nunca por vectores de fantasia. Desde que isso seja cumprido, o modo como o nome, ou nomes são elencados não é relevante. Podem surgir

numa lista de telefones, numa lista da própria Ordem, ou numa base de dados.

A adaptação da listagem de advogados a bases de dados informáticas, desde que respeitando os interesses salvaguardados pelo transcrito art. 89.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, mais não é do que uma simples conformação com os métodos actuais de divulgação da informação e por isso, como simples solução técnica, não pode ser ilícita. O conteúdo da informação concreta é que, pode ou não, violar a norma em causa. Como, por exemplo, se X se intitular especialista em Y, sem a Ordem lhe ter atribuído o título. Ou se decidir apresentar-se como “vencedor”, “gerador de sucesso”, etc.

Assim sendo e desde que, como se enuncia na formulação da questão, se procure criar um simples *“processo de procura e consulta de informação sobre advogados é efetuado de forma intuitiva, eficiente e esclarecedora, respeitando quer os Estatutos da Ordem de Advogados quer a posição especial que o advogado ocupa na sociedade”*, nada existirá a opor ao mesmo, sempre salvo melhor opinião.

Conclui-se do seguinte modo:

Enquanto o que estiver em causa for: *“um serviço de pesquisa de Advogados por meio de um directório constante na Internet, configurado para ser prestado por meio de uma aplicação na Internet, disponível através de um site através do qual o público pode obter informações detalhadas em relação aos advogados subscritores do serviço. Onde a informação disponibilizada corresponde à solicitada pelo utilizador, de acordo com os critérios de pesquisa introduzidos pelo mesmo. Objetivo, independente e de utilização gratuita que permite ao público obter informação essencial sobre advogados e seleccionar aqueles que satisfazem uma correspondência racional cliente advogado”*. Nada existirá a criticar ao mesmo.

Destaca-se, porém, que nos conteúdos de divulgação de escritórios, sociedades ou singelas pessoas singulares poderão surgir textos violadores dos critérios enumerados na norma acima trans-

crita. Mas isso, nada tem que ver com o recurso à solução técnica de uma base de dados de busca automática.

Logo, a conclusão final que se apresenta é a seguinte:

**A adaptação da listagem de advogados a bases de dados informáticas, desde que respeitando os interesses salvaguardados pelo art. 89.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, mais não é do que uma simples conformação com os métodos actuais de divulgação da informação e por isso, como simples solução técnica, não pode ser ilícita. O conteúdo da informação concreta é que, pode ou não, violar a norma em causa.**

*Lisboa, 9 de Dezembro de 2014*

O Relator  
NUNO GODINHO DE MATOS

Aprovado por unanimidade na Sessão do Conselho Geral de 17 de Dezembro de 2014.