

O DIREITO

Ano 154.º (2022), II

Diretor

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 154.º (2022), II

Diretor: JORGE MIRANDA

Fundadores

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

Antigos Diretores

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

Diretor

Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorão

Maria João Galvão Teles

Consulta e Estatuto Editorial

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/o-direito/243/248/1/12>

Publicação: trimestral

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

Propriedade: Instituto de Direito Privado – IDP e Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Lisboa

NIPC 513319425/506512495

Sede e Redação: Faculdade de Direito de Lisboa – Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

Telef.: 239 851 904 – Fax: 239 851 901

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

DOCTRINA

ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES

Alguns aspectos da Responsabilidade Civil das Equipas Médicas 221

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS

O princípio da cooperação defronte da proposta de revisão do CPC (Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.ª) 253

TOMÁS BARROSO DE SOUSA

Da mutabilidade da cláusula penal no Código Civil português: admissibilidade e impulso 271

FREDERICO LOPES DE SOUSA

A fragmentação do dever de informação no âmbito de M&A. 319

ANA ESTEVES DA CUNHA

Filiação biológica – Impugnação da perfilhação. Justificação do regime aberto do artigo 1859.º do Código Civil (por comparação com as limitações do regime algo fechado da impugnação da paternidade, dos artigos 1838.º e seguintes do CC). 337

ÂNGELA CASTILHO

A colheita e transplantação de órgãos – Questões éticas e biotéticas. 365

FERNANDO BARROSO VILELAS

Controlo e Compliance bancário na prevenção do branqueamento de capitais 377

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de publicação 411

DOCTRINA

Alguns aspectos da Responsabilidade Civil das Equipas Médicas

ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES*

SUMÁRIO: 1. *Medicina em Equipa, um fenómeno marcante na actualidade.* 2. *Das competências do Cirurgião Chefe de Equipa.* 3. *Das competências do Médico Anestesiologista.* 4. *O Apuramento das Responsabilidades.* 5. *Da actividade probatória no domínio jurisdicional.* 6. *Da sentença final do pleito.*

1. Medicina em Equipa, um fenómeno marcante na actualidade**

Um dos fenómenos incontestáveis da actualidade, como se afirmava em 2008 num valioso estudo académico apresentado por Sónia Fidalgo, uma jovem Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e hoje Ilustre Professora da mesma Faculdade, é o de que «*a eficácia da medicina contemporânea estão inevitavelmente associadas três características: agressividade, perigosidade e complexidade. A complexidade impõe o exercício da medicina em equipa, a agressividade e a perigosidade manifestam a relevância de se pensar o problema da responsabilidade médica*»¹.

* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça (Jubilado). Doutor em Direito.

** A matéria exposta no presente texto, na altura sob a forma de simples tópicos para o improviso não se desviar da linha traçada para a exposição oral, serviu de base a uma intervenção do ora autor na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, no dia 16 de Fevereiro de 2022, no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Direito da Responsabilidade Civil e que agora se destina a publicação, em homenagem àquela Faculdade que honrou o ora autor com o seu amável convite, formulado através do Ilustre Professor Doutor Rui de Mascarenhas Ataíde.

¹ SÓNIA MARIZA FLORÊNCIO FIDALGO *in Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, edição do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, publicada por Coimbra Editora no ano de 2008, mantendo-se esta obra nos nossos dias como um valor de permanente referência para o estudo jurídico de um sector relevantíssimo da Res-

Com efeito, é generalizada a consciência de que a medicina actual é muito diferente daquela cujo modelo foi paradigmático até boa parte da segunda metade do século passado, ministrada frequentemente por um só médico que conhecia bem o seu paciente, cujas relações entre ambos eram estabelecidas na base do conhecimento recíproco e de confiança quase ilimitada, em que havia tempo para uma anamnese bem elaborada, para um conhecimento mais perfeito da história clínica e outros aspectos relevantes do paciente e para um seguimento (*follow up*) que proporcionava segurança e conforto ao doente, que confiava no seu médico.

Com efeito, paralelamente ao aparecimento de novas gerações de fármacos de vanguarda, potentes e eficazes, mas também dotados de elevados riscos pela possibilidade de efeitos indesejados (²secundários e mesmo adversos³), surgiram técnicas e procedimentos, igualmente de maior eficácia mas também mais invasivos e agressivos, além de aparelhagens sofisticadas de diagnóstico e tratamento, cuja utilização requer conhecimentos especializados e sempre actualizados, por vezes incomportáveis com a enorme pressão dos serviços médicos, sobretudo em hospitais e outras unidades de saúde dos grandes centros urbanos.

Deste modo, algumas das especialidades médicas clássicas se viram forçadas a se desdobrarem em sub-especialidades, acrescendo a tudo isso o facto de os actuais instrumentos e aparelhos de diagnóstico e tratamento mais sofisticados exigirem, pela sua complexidade e técnicas de utilização, uma permanente actualização de valências, saberes e cuidados, não só dos médicos, como dos restantes técnicos de saúde e diagnóstico que lidam com tais aparelhagens e cuja formação demanda especialização e prática constante.

responsabilidade Médica, essencialmente na área jurídico-penal mas também para outras, nomeadamente aquelas que tenham por objecto a estrutura, funcionamento, interações e questões jurídicas relativas a equipas médicas com destaque para a médico-cirúrgica.

² Segundo DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA in *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, edição do Centro de Direito Biomédico de Coimbra da FDUC, Coimbra Editora, pg. 30, a reacção secundária é aquela que é conhecida e esperada, normalmente chamados efeitos secundários, que foram detectados nos ensaios clínicos mas que tendo-se ponderado a relação entre os benefícios concedidos pelo medicamento e os riscos potenciais para os pacientes utilizadores, considerou-se que tal relação era favorável, isto é, os benefícios esperados do medicamento revelaram-se superiores aos potenciais danos decorrentes do seu uso.

³ A reacção adversa é uma resposta, esperada ou inesperada, de determinado corpo humano a um concreto medicamento, resposta essa que geralmente é nociva, implica consequências danosas para a saúde do paciente e, de acordo com a alínea eee) do n.º 1 do Estatuto do Medicamento, por reacção adversa entende-se “qualquer nociva e involuntária a um medicamento que ocorra com doses geralmente utilizadas no ser humano para profilaxia, diagnóstico ou tratamento de doenças, correcção ou modificação de funções fisiológicas» (Op. cit na nota anterior, pg. 31).

Por outro lado ainda, a progressiva massificação de utentes dos serviços dos grandes hospitais e estabelecimentos do Sistema Nacional de Saúde, obrigou a uma reorganização de tais serviços, esbatendo-se a paternal figura do médico generalista (médico de clínica geral), para dar frequentemente lugar a especialistas cujo labor é desenvolvido, simultânea ou sucessivamente, por vários profissionais, de harmonia com a referida pluralidade de valências e conhecimentos mas também em função do número de profissionais disponíveis.

Na verdade, o contínuo fluxo de conhecimentos destinados à actuação médica tem vindo a conhecer inusitada intensidade, tornando dificilmente compaginável com a realidade o anterior modelo da prestação de serviços médicos, havendo necessidade de recurso a vários profissionais especializados, quer na fase de diagnóstico, quer na fase terapêutica, surgindo assim as equipas médicas como conjuntos de dois ou mais médicos que intervêm relativamente ao mesmo paciente, de forma simultânea ou sucessiva, interagindo com o mesmo objectivo, que é o de prestar cuidados de saúde em ordem a obter a cura ou a melhoria do paciente, é dizer, o tratamento do mesmo⁴, embora o termo *equipa* seja geralmente usado para a intervenção simultânea de vários profissionais de especialidades diferentes consoante as necessidades dos casos concretos.

De acordo com J. M. Martínez-Pereda Rodríguez, Magistrado do Tribunal Supremo de Espanha, por equipa médica deve entender-se «*um conjunto de médicos de diferentes especialidades, com a finalidade de repartir o trabalho, contribuindo cada um deles com a sua competência profissional em ordem à atenção e assistência ao enfermo*»⁵, acrescentado ainda não se dever restringir tal conceito à equipa cirúrgica, na medida em que também se pode verificar a intervenção de equipa médica em reanimação, diagnóstico, certos check-ups, etc⁶.

⁴ Sobre as vantagens do exercício da medicina em equipa, pode ver-se o interessante estudo de ESTHER HAVA GARCÍA, Professora de Direito Penal na Universidade de Cádiz, intitulado *La Imprudencia Médica*, onde a ilustre penalista afirma que «esta nova forma de conceber o trabalho médico não apenas constitui uma iniludível necessidade, mas além disso proporciona outros benefícios acrescidos ao sistema sanitário em geral e ao paciente em particular. Deste modo, a especialização e a colaboração de distintos médicos tem permitido empreender, com êxito, intervenções cirúrgicas complexas que eram impossíveis no passado. Assim, por exemplo, a realização do primeiro transplante do coração humano, levado a cabo em 3 de Dezembro de 1967, com apoio de 56 colaboradores e 12 médicos especialistas, marcou um feito decisivo na evolução das técnicas de “alta cirurgia”, técnicas que em 14 de Fevereiro de 2001 permitiam a uma equipa multidisciplinar constituída por meia centena de profissionais de vários serviços pediátricos, levar a feliz termo a separação de duas gémeas siamesas no Hospital Universitário LA PAZ de Madrid» (E. HAVA GARCÍA, op. cit., *Tirant lo Blanch* Valencia, 2001, pg. 75, sendo do autor do presente estudo a tradução livre do castelhano).

⁵ JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ. *La Responsabilidad Civil y Penal del Anestesiista*, Editora Comares. Granada, 1995, pg. 67.

⁶ Idem, *ibidem*.

Tomando como modelo a equipa médico-cirúrgica, por ser aquela de que mais elementos habitualmente se compõe, vemos que, na prática, ela é habitualmente constituída pelo cirurgião chefe de equipa, por um ou mais operadores que intervêm no desenrolar da fase intra-cirúrgica, pelo anesthesiologista e, se possível, pelo médico especialista da enfermidade do paciente (cardiologista, nefrologista, urologista, etc.) que se vai submeter à cirurgia e do pessoal de enfermagem que colabora com a equipa médica.

O presente estudo será dividido em duas partes fundamentais:

- a) a primeira, abordando a actividade das equipas médicas, tendo como paradigma a equipa médico-cirúrgica, caracterizando a sua composição e, essencialmente, as atribuições das duas principais figuras de especialistas que nela intervêm, o cirurgião chefe da equipa e o anesthesiologista, cujas condutas violadoras de deveres inerentes ao desempenho das suas funções poderão implicar formas de responsabilidade civil médica, designadamente para o que ora importa, responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, em caso de ocorrência de dano no paciente, verificados que sejam os respectivos pressupostos legais, eventual responsabilidade criminal por ofensas à integridade física ou até homicídio em caso de preenchimento da factualidade típica
- b) a segunda parte terá como objecto a apreciação dos aspectos jurídicos mais problemáticos no plano da responsabilidade civil médica em equipa, especialmente no tangente às dificuldades no campo da actividade probatória, na questão do ónus da prova nas acções condenatórias, nos mecanismos de aligeiramento ou atenuação de tais dificuldades por parte do lesado na responsabilidade civil fundada na culpa que o Código Civil trata como «*responsabilidade por factos ilícitos*», a complexa questão da imputação da responsabilidade ao chefe de equipa em caso de se não apurar qual dos médicos que integravam a equipa teria sido directamente responsável pelo resultado danoso ou fatídico ocorrido, o caso das actividades perigosas *ex natura* ou pela natureza dos meios utilizados e a respectiva inversão do *onus probandi*, assim como o problema da responsabilidade civil das entidades detentoras dos estabelecimentos médicos perante o paciente lesado, pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilizem para cumprimento das suas obrigações médicas (auxiliares) regulado pelo artigo 800.º do C. Civil e, finalmente, a questão de saber se o regime jurídico-civil da responsabilidade do comitente será aplicável aos casos de responsabilidade médica perante o eventual espectro de uma medicina defensiva a todas as luzes indesejável.

Expostas assim estas notas introdutórias, comecemos então, embora de forma necessariamente perfunctória, por referir as atribuições de cada uma destas duas figuras essenciais da equipa médico-cirúrgica, o Cirurgião Chefe de Equipa e o Anestesiologista⁷.

2. Das competências do Cirurgião Chefe de Equipa

Desde logo, cabem ao Chefe de Equipa os deveres de *organização* e de *coordenação* da própria equipa.

No que tange à organização, cabe a este profissional a escolha do tipo de cirurgia que levará a efeito, a indicação de que especialistas se constituirá a equipa, tendo em atenção, todavia, que nos hospitais do sector público, ainda que sejam entidades públicas empresariais (EPE), dificilmente poderá eleger os elementos com quem pretende trabalhar, já que os médicos fazem parte do quadro do pessoal médico e, normalmente, trabalham no estabelecimento com horários previamente fixados ou em actividades que lhes estão distribuídas, para além das do Bloco Operatório, sobretudo nos grandes centros populacionais.

Eventualmente diversa poderá ser a situação nos hospitais e clínicas privadas onde a possibilidade de escolha poderá ser mais viável, tudo dependendo da *praxis* habitual e do circunstancialismo da altura.

Cabe-lhe, também, a distribuição das tarefas (divisão de trabalho) por forma a que não haja tarefa necessária que não tenha sido distribuída, nem sobrecarga de tarefas, designadamente a duplicação a cargo de um dos membros com os inerentes riscos e prejuízos.

Por outro lado, deverá, sempre que possível, ter em consideração a qualificação académica e a prática profissional dos membros que integram a equipa antes de lhes atribuir tarefas para cuja complexidade não se mostrem devidamente preparados e isso, outrossim, no que diz respeito ao pessoal de enfermagem e outros técnicos de saúde, essencialmente nas grandes cirurgias.

Cabem-lhe, igualmente, deveres de informação, instruções concretas e recomendações, vigilância (controlo) especialmente dos menos qualificados ou experientes, mas sem prejuízo da sua própria actividade *intra-operatória*, pois o processo cirúrgico é constituído por três fases, a *fase pré-operatória* em que o paciente é preparado para o início da operação, especialmente a cargo do Anestesiologista e pessoal de enfermagem, a *fase intra-operatória* que vai desde a incisão cirúrgica com o doente anestesiado até ao encerramento da actividade

⁷ De referência, nesta matéria como em várias outras, a excelente obra de referência da Professora Sónia Fidalgo indicada supra na nota n.º 1.

cirúrgica com a contagem dos instrumentos e realização das suturas dos tecidos dilacerados.

Segue-se a fase *pós-operatória*, em que se procede à revisão dos dados vitais e de tudo o que o Cirurgião entender a bem da segurança e saúde do paciente, antes de este ser levado para o recobro pós-anestésico na Sala de Recobro ou na Unidade de Cuidados Pós Anestésicos (UCPA) consoante a complexidade da situação e sempre sob a vigilância do próprio Anestesiologista mas, não raro, com a presença do próprio Cirurgião para a eventualidade de qualquer emergência que demande a sua intervenção, ou em casos de menor necessidade de cuidados, decorrente v.g., da singeleza do acto operatório, à Unidade de Cuidados Intensivos (UCI) se for o caso de algo sucedido requerer tais cuidados ou mesmo a uma enfermaria onde decorrerá a primeira fase pós-operatória.

Convirá também que o Cirurgião ou um seu colaborador qualificado visite o paciente antes do fim do dia e esteja preparado para qualquer chamada de urgência, pois não são raros os casos de rebentamentos de suturas, hemorragias tardias ou eventos adversos inesperados e conexos com o processo cirúrgico levado a efeito e que possam surgir inopinadamente ao longo das horas, especialmente no primeiro dia.

No decurso do processo cirúrgico ou em decorrência deste, surgem, por vezes, sinais que podem ser efeitos de erros médicos ou de acidentes terapêuticos, não detectados atempadamente, tais como o esquecimento de pequenos instrumentos no abdómen do paciente ou de pequenos pensos (gazes), o que decorre da falta ou defeito da contagem devida destes materiais antes do início da cirurgia e após o termo da mesma. mas precedendo a sutura do corte cirúrgico para o encerramento da cavidade abdominal, assim como erros na parte do corpo a ser intervencionada (casos de ablação de um rim saudável em vez daquele que deveria ter sido retirado e situações análogas), que ocorrem algumas vezes nos grandes centros cirúrgicos, a que não é estranha a pressão de trabalho excessivo ou até a realização de um tipo de cirurgia a um doente que deveria ter sido realizada em outro paciente que aguarda a sua vez já no Bloco Operatório e é trazido à mesa de operações por engano).

Por isso, o princípio da *auto-responsabilidade*⁸ de cada profissional conjugado com os princípios de *divisão de trabalho* e de *confiança* de cada membro da equipa no desempenho dos restantes, permite, em larga escala, o sucesso do processo cirúrgico, pois se o cirurgião tivesse que estar sempre atento e a controlar o desempenho dos seus colaboradores não lhe seria possível o rigor necessário à realização das delicadas tarefas de que está incumbido.

⁸ Os grandes princípios delimitadores da responsabilidade das equipas médicas serão mais adiante desenvolvidos.

Notas relevantes

É oportuno referir, aqui e agora, um possível erro de avaliação (que alguns autores tratam como erro de diagnóstico) do Cirurgião que consiste, por exemplo, na realização de uma intervenção cirúrgica que não era necessária ou não era aquela a intervenção necessária ou a ocorrência, como se deixou supra mencionado, de erros de identificação do paciente ou do tipo de sangue para certo paciente ou ainda, a laceração de um tecido ou a secção de um vaso por mera falha de atenção ou falta de destreza.

Também podem ocorrer falhas de comunicação entre Anestesiologista e Cirurgião como, v.g., aquele não ter informado este dos riscos anestésicos de determinado produto ou de alguma informação colhida na consulta pré-anestésica.

Após este esquematizado elenco da actividade e responsabilidade destes profissionais da medicina, importa efectuar uma breve resenha dos aspectos problemáticos susceptíveis de gerar responsabilidade civil nesta área de tarefas médicas com a correlativa obrigação de indemnização do lesado.

Na verdade, ninguém desconhece que infelizmente nem todas as operações cirúrgicas logram um desfecho feliz, embora os desfechos infaustos sejam, em relação à larga maioria das cirurgias bem sucedidas, em número muito inferior.

Podem surgir problemas diversos, ocorrer lesões do corpo, da saúde ou até a perda da vida do paciente, seus mais preciosos bens, e que, no plano civilista, podem traduzir-se na violação dos direitos de personalidade tutelados pelo artigo 70.º, n.º 1 do Código Civil, designadamente ofensas ilícitas à personalidade física⁹, desde que se verifique a confluência dos restantes pressupostos da responsabilidade civil.

Convém recordar, *hic et nunc*, que a actuação do médico tanto no sector público como no privado não é isenta de riscos e podem ocorrer danos no corpo ou mesmo agravamento do estado de saúde do paciente e que a relação jurídica que se estabelece entre o profissional de medicina e o paciente, é geralmente considerada um contrato de prestação de serviços médicos, sendo

⁹ Note-se que, embora o artigo 70.º do C. Civil se refira apenas à personalidade física ou moral, tal expressão, pela sua generalidade e extensão deve considerar-se como um Direito Geral da Personalidade abrangendo portanto todos os componentes da pessoa humana e portanto também o corpo, a saúde e a vida, o que, de resto, encontra respaldo de tutela na nossa Lei Fundamental (artigo 25.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa) ao dispor que a integridade moral e física das pessoas é inviolável.

Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, a obra de R. CAPELO DE SOUSA, “*O Direito Geral de Personalidade*” (dissertação de Doutoramento), Coimbra Editora, 1995, especialmente a pgs. 198 a 200 e 243 e seguinte.

a obrigação de prestar (prestação debitória) considerada pela jurisprudência maioritária como uma *obrigação de meios* (tratamentos médicos) e não como uma *obrigação de resultado* (cura ou melhoria do paciente) de cuja distinção por razões óbvias não iremos tratar no presente estudo dados os apertados limites do mesmo.

Assim escreveu, em 1978, o hoje ilustre Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Dr. António Henriques Gaspar, que veio a ser Presidente deste nosso mais alto tribunal judicial, num seu estudo sobre matéria da responsabilidade médica apresentado enquanto Juiz de Direito estagiário e referindo-se ao acto médico:

«A obrigação do médico, em termos gerais, consiste em prestar ao doente os melhores cuidados ao seu alcance, no intuito de lhe restituir a saúde, suavizar o sofrimento e salvar ou prolongar a vida. Nesta fórmula ampla se compreende toda a actividade profissional, intelectual ou técnica que tipicamente se pode designar por “acto médico”»¹⁰.

Ao Cirurgião-Chefe cabe o importantíssimo papel de dirigir e coordenar toda a intervenção sobre o corpo do paciente, desde a fase pré-operatória (antes do início da operação) que, nas cirurgias electivas (programadas) será devidamente preparada mediante consulta prévia do paciente para recolha de informação acerca dos antecedentes nosológicos e alergológicos do mesmo, historial clínico anterior, exames e análises clínicas necessárias, certificando-se, no próprio dia da intervenção do estado de vacuidade gástrica do mesmo (o que o Anestesiologista confirmará, designadamente para evitar o temível vômito com eventual aspiração do mesmo para os pulmões), verificação do material cirúrgico, designadamente dos instrumentos e sua contagem antes e depois da operação pois para tanto a equipa conta com um enfermeiro/a instrumentista a quem cabe tal contagem antes e depois da operação, mas sempre sob o controlo do cirurgião que não deverá proceder ao “encerramento” da abertura operatória sem se informar da referida contagem e, se necessário, mediante os competentes exames imagiológicos à região intervencionada se houver dúvida pertinente.

De um modo geral, assinalam-se ao chefe da equipa as funções de superintendência, de organização e de coordenação da referida equipa, como veremos mais adiante, assim como se fará um brevíssimo apontamento sobre as incumbências do Anestesiologista.

¹⁰ A. SILVA HENRIQUES GASPAR in “*Estudo sobre a responsabilidade civil do médico*”, in CJ Ano III, 1978, Tomo I, pág.335 e segs.

Adiantemos, no entanto, uma noção perfunctória sobre as três funções do Cirurgião-Chefe que acabámos de assinalar:

- a) *Superintendência* – traduz-se no dever de dar a conhecer ou discutir com os seus colaboradores o plano da cirurgia e no poder-dever de dar indicações, instruções ou simples recomendações sobre o que tiver por conveniente, para o bom rendimento do trabalho da equipa em vista ao sucesso operatório, comunicando as alterações necessárias e providenciando a eventual substituição de algum membro se tal se mostrar necessário, tratando-se, em suma, da *liderança da equipa*.
- b) *Organização* – designando os especialistas necessários e, se possível, escolhendo os componentes da equipa em face da sua qualificação e experiência (nos hospitais públicos, em geral, os membros da equipa são designados administrativamente em face da disponibilidade do pessoal, seu horário dos turnos, suas folgas de serviço etc.), fazendo a competente divisão de tarefas segundo a formação dos componentes da equipa e resolvendo os problemas que eventualmente surgirem neste domínio.
- c) *Coordenação* – nesta função cabem ao cirurgião-chefe, sobretudo, as tarefas de vigilância, de controlo e de instrução.

Claro que a vigilância de outrem só pode ser exercida sem prejuízo da actividade cirúrgica do próprio operador, a qual demanda enorme concentração nas tarefas cirúrgicas que pessoalmente leva a efeito, mas, dentro do possível, impõe-se tal vigilância sobretudo em caso dos colaboradores menos experientes havendo que corrigir a actuação dos mesmos e o mesmo se diga do controlo e da explicação do *modus faciendi* que tenha por necessário ou conveniente em determinados momentos, pois as dúvidas devem ser discutidas antes do início do processo operatório em linguagem perfeitamente clara e acessível, sem ser prolixa dado que pode prejudicar a compreensão do destinatário, lançando ou aumentando a confusão deste.

Caberá sempre ao cirurgião chefe decidir do tempo, lugar, objecto e tipo de operação, especialmente nas operações selectivas ou programadas em que há tempo para planeamento e preparação do processo cirúrgico.

3. Das competências do Médico Anestesiologista

Vejamos, agora, o que dizer do Anestesiologista, figura essencial que se move na sala das operações e em torno do paciente deitado, da aparelhagem de monitorização dos parâmetros vitais e de distribuição de gases respiratórios e ainda da

ministração dos fármacos relativos ao processo anestésico, sendo as funções que lhe estão cometidas das mais relevantes de todo o processo cirúrgico, desde a fase pré-operatória (especialmente quanto à consulta pré-anestésica) onde recolherá os dados concernentes ao tipo de anestesia a aplicar ao paciente concreto em referência, mediante uma cuidadosa anamnese, análises e exames que tiver por necessários com vista à escolha dos fármacos anestésicos que actualmente são bastante potentes, pois longe vão os tempos do éter e do clorofórmio.

Dependendo do tipo de anestesia (geral, regional ou local) que mais adiante vão melhor explicitadas, na fase intra-operatória cabe ao Anestesiologista a administração do(s) fármaco(s) que, na grande cirurgia produzirá um triplo efeito, a *insensibilização* do paciente, a sua *imobilização* para evitar movimentos involuntários ou bruscos que possam prejudicar o trabalho cirúrgico ou até mesmo causadores de lesões graves e a sua *inconsciência* para não perturbar o paciente que, assim, não tem conhecimento do que se está a passar no seu corpo nem à sua volta até ao recobro pós-anestésico.

Cabe aqui recordar, *data venia*, a seguinte passagem da excelente obra da autoria do Ilustre Cárдио-Cirurgião, Prof. José Fragata e de Luís Martins intitulada «*O Erro em Medicina (perspectivas do indivíduo, da organização e da sociedade)*», onde se lê: “a anestesiologia domina, por meio de exame físico e, cada vez mais, por meios electrónicos, a técnica de monitorização dos sinais vitais, da homeostasia e da ventilação dos doentes. De igual modo, o controlo permanente do electrocardiograma, da pressão arterial, da saturação do oxigénio no sangue (por oximetria de pulso) e a capnografia (avaliação *on line* do anidrido carbónico expirado) são excelentes exemplos de monitorização e representam marcos importantes na segurança do doente anestesiado. A vigilância constante e a monitorização são, reconhecidamente nesta especialidade, o preço da sua segurança. Deve ser, no entanto, notado que a atenção humana é facilmente desviada quando intensamente solicitada e, em resposta a longos períodos de monitorização, sobretudo se não surgirem mudanças nos parâmetros vigiados. Assim, as perturbações da atenção dão frequentemente origem a falhas ou lapsos na área de anestesiologia»¹¹.

Para melhor entendimento das funções do Cirurgião e do Anestesiologista examinemos o seguinte mapa comparativo que de seguida se transcreve de forma necessariamente esquemática, atenta a dimensão do presente estudo que não consente mais detalhado desenvolvimento:

¹¹ JOSÉ FRAGATA e LUÍS MARTINS, “*O Erro em Medicina (Perspectivas do indivíduo, da Organização e da Sociedade)*», Almedina, 2005. pg. 91 e segs.

Anestesiologista/ Cirurgião

(Resumo esquemático das respectivas competências e incumbências)

1. O Anestesiologista é um médico-especialista técnico-cientificamente autónomo dos restantes médicos e designadamente do Cirurgião-Chefe, ainda que este seja quem lidera a equipa, no âmbito da sua função de superintendência da mesma.

2. Como tal, não existe propriamente diferença de hierarquia (relação de supra/infra subordinação), nem de categoria profissional, entre ambos os médicos de especialidades diferentes, isto é, não tem de cumprir ordens ou determinações do Cirurgião, sem prejuízo dos deveres de vigilância e de coordenação dos trabalhos da equipa que sempre cabem ao Cirurgião como chefe da mesma, no âmbito da sua superintendência sobre esse conjunto que lidera e de o Anestesiologista dever conhecer o plano cirúrgico e a opinião do Cirurgião sobre os riscos da cirurgia inerentes ao paciente, assim como lhe cabe o dever de manter o Cirurgião informado dos eventuais riscos anestésicos daquele paciente *in concreto* e o dever de informar o Cirurgião Chefe relativamente a qualquer alteração na monitorização dos parâmetros vitais ou anormalidade detectada no funcionamento da aparelhagem de suporte.

3. Por outro lado, não pode deixar de cooperar no acto cirúrgico respondendo às dúvidas do Chefe de Equipa, prestando imediatamente as informações sobre os riscos anestésicos ou perigos potenciais ou reais (especialmente parâmetros vitais e sinais de hipoxia ou anoxia do paciente, mantendo com o cirurgião as relações necessárias ao êxito da intervenção).

Na já supra referida obra “*O Erro em Medicina*”¹² é referido que no final dos anos oitenta, foram adoptados pelos hospitais de Boston ligados à universidade de Harvard (Eichhorn, 1996) e depois seguidos pela Sociedade Americana de Anestesiologia uns protocolos que inicialmente se destinavam ao diagnóstico e à monitorização, mas depois alargados aos procedimentos anestesiológicos nos quais se indicam os seguintes que, com a devida vénia, nos permitimos aqui transcrever:

- Presença continua de um anestesista qualificado ao lado de qualquer doente anestesiado.

¹² Cfr. *supra* nota 7.

- Monitorização contínua do electrocardiograma e da oximetria de pulso (avaliação da saturação do oxigénio nos tecidos, por sensor transcutâneo), durante a anestesia e na fase de recobro desta.
- Utilização da capnografia (avaliação da percentagem do anidrido carbónico expirado pelo doente) durante todos os casos de anestesia geral.
- Protocolos para o manejo de vias aéreas difíceis.
- Regras e condições para a administração da sedação e da analgesia por não anestesistas.

4. Deve evitar ausentar-se da sala de operações, a não ser em caso de estrita necessidade e nunca sem garantir a sua substituição, acatando a disciplina do acto operatório durante todo o transcurso da fase intra-operatória, uma vez que lhe cabe o controlo dos sinais vitais do paciente, o que demanda a atenção constante à monitorização do mesmo pela aparelhagem que controla a frequência cardíaca e o estado pulmonar acusando deficiências respiratórias que possam pôr em perigo de vida o paciente ou lhe causar invalidez permanente por falta de oxigenação cerebral.

Cabe especialmente ao Anestesiologista:

- a) Em sede de consulta pré-anestésica, obter o maior número de informações do paciente, designadamente dos seus antecedentes pessoais ou familiares, com vista à escolha do fármaco anestésico adequado ao estado do paciente e conhecer os possíveis e previsíveis riscos no caso concreto.
- b) Elaborar a ficha anestésica do paciente, para a qual é fundamental a consulta pré-anestésica na qual serão referidas informações sobre os antecedentes nosológicos e cirúrgicos sofridos pelo intervencionando, bem como os antecedentes hereditários pertinentes, a sua alimentação habitual, os sinais de eventual tendência para alergias, os medicamentos tomados ao longo da vida que poderão ter relevância para o pretendido acto médico, a tendência para eventuais hemorragias ainda que pequenas, o uso de anticoagulantes e analgésicos e a frequência do mesmo, o uso de produtos fitoterápicos ou alternativos que possam interferir no mecanismo da coagulação, a identificação do tipo sanguíneo do paciente, o estudo das últimas análises clínicas extra-hospitalares e a informação esclarecedora do paciente das vantagens e riscos da anestesia e ainda tudo o que este especialista entender necessário para a escolha do anestésico mais adequado para o paciente em questão.
- c) O Anestesiologista deve estar sempre presente para vigiar e monitorizar sinais vitais [batimentos cardíacos (normais, taquicardia ou bradicardia),

- pressão arterial, respiração, de forma a verificar se esses parâmetros estão normais e estáveis ou não.
- d) É ao Anestesiologista que cabe ministrar os fármacos: *sedativos, analgésicos, relaxantes musculares e soros*.
 - e) Terminado o procedimento cirúrgico, o Anestesiologista irá reverter o efeito dos fármacos utilizados para fins anestésicos e vigiar o paciente até que este recupere a consciência e a mobilidade, avaliando os sinais vitais e necessidade de administrar outros fármacos, designadamente para dores pós-cirúrgicas. Note-se que pode ainda haver necessidade de intubação endo-traqueal para ajudar a respirar com ligação ao ventilador.
 - f) Aplicar os procedimentos específicos para suprimir ou atenuar os efeitos indesejáveis (ansiedade, dor, actividade reflexa, etc) que os métodos terapêuticos e diagnósticos possam causar ao paciente.
 - g) Aplicar os fármacos para a obtenção da amnésia, analgesia, hipnose, relaxamento muscular e atenuação dos reflexos nervosos prejudiciais ao normal desenvolvimento das funções vitais durante o acto cirúrgico.
 - h) Reduzir o impacto da acção conjunta que o anestesiologista e outros especialistas possam ter sobre a função orgânica anormal alterada pela enfermidade (insuficiência cardíaca, isquémia do miocárdio, insuficiência renal, anemia, coma, etc).
 - i) Acompanhar e resolver os problemas surgidos na fase do recobro ou recuperação pós-anestésica providenciando quanto ao risco de o paciente vomitar e poder aspirar o vómito para o pulmão.

Notas importantes

São possíveis as seguintes modalidades de anestesia: *geral, regional e local*.

Na *anestesia geral*, o paciente fica *insensível* (não sente dor), *imobilizado* (não executa movimentos) e *inconsciente* (perde a consciência de onde está e porquê e do ambiente que o rodeia, ficando por vezes em estado semelhante ao do coma e daí a expressão *coma induzido*, justamente por esse estado ter sido deliberadamente provocado pelos médicos para maior conforto e segurança do paciente enquanto se procede aos tratamentos indicados no caso, podendo durar tempo indeterminado.

Em caso de pequena cirurgia em que não haja prejuízo em o paciente estar parcialmente consciente, deve o Anestesiologista, de acordo com o Cirurgião, provocar a *Sedação* do paciente, uma espécie de anestesia mais leve em que o paciente recebe um sedativo forte e um analgésico que provocam um estado de

certo entorpecimento mental (narcose) ou sonolência que lhe permite ouvir e falar apercebendo-se do que se passa, mas sem sentir dores.

Esta sedação é feita habitualmente por meio de uma injeção endovenosa de um produto que associa o sedativo ao analgésico nos casos em que o recobro anestésico é feito na enfermaria e o paciente tem alta no próprio dia, dada a simplicidade relativa da intervenção.

A *anestesia regional* tem lugar quando se vai proceder a cirurgias mais simples, durante as quais o paciente pode manter-se acordado, ficando bloqueada a dor apenas numa região do corpo (braço, perna ou a região inferior, abaixo do abdómen e subdivide-se em 2 espécies:

- anestesia raquidiana (raquianestesia)
- anestesia epidural (peridural)

A *anestesia local* visa bloquear a dor em pequenas regiões do corpo, especialmente na pele, sendo muito usada na estomatologia para extracções dentárias, obturações, colocações de implantes, etc.

4. O Apuramento das Responsabilidades

Nunca é demais frisar, especialmente num trabalho desta natureza, que nas operações cirúrgicas como em todos os processos terapêuticos hospitalares, podem ocorrer fenómenos lesivos decorrentes de erros médicos, de acidentes terapêuticos, eventos adversos, complicações, violação das *leges artis*, etc, que geram danos relevantes para o paciente e, na tentativa de delimitação de responsabilidade dos membros da equipa, a doutrina e a jurisprudência, designadamente na Alemanha, criaram *princípios normativos*.

Importa anotar, ainda que muito brevemente, tais princípios delimitadores da responsabilidade dos membros da equipa médica¹³:

- a) o princípio da divisão de trabalho (*Arbeitsteilungsprinzip*);
- b) o princípio da auto-responsabilidade (*Selbstverantwortlichkeitsprinzip*);
- c) o princípio da confiança (*Vertrauenprinzip*).

¹³ Sobre esta matéria de Princípios Delimitadores de Responsabilidade Médica, para maiores desenvolvimentos pode ver-se o nosso estudo *Responsabilidade Médica em Direito Penal (estudo dos pressupostos sistemáticos)*, Almedina, 2007, pgs. 304 e ss que, no essencial, corresponde à nossa Dissertação de Mestrado que defendemos em provas públicas na Universidade Católica Portuguesa/Lisboa, em 2003.

São princípios que, como ressalta da sua própria designação, emergem da própria natureza do trabalho em equipa e visam essencialmente delimitar a esfera de actuação de cada um dos membros da equipa (divisão de trabalho).

De forma sintética, diremos que o princípio de divisão de trabalho é aquele que permite saber que funções desempenha cada um dos intervenientes na equipa.

Relativamente à divisão de trabalho, é usual a distinção de dois planos: a *divisão de trabalho horizontal*, que ocorre entre os diversos elementos da mesma categoria profissional, sem qualquer relação hierárquica de supra/infra subordinação e, portanto no mesmo patamar profissional (daí a *horizontalidade*) que por força da sua formação, competência e autonomia de especialidade encontram-se no mesmo plano de hierarquia orgânica, como sucede no caso do cirurgião e do anestesiológista que trabalham em conjunto, com funções complementares no campo dos conhecimentos das respectivas especialidades, e a *divisão de trabalho vertical*, que supõe uma relação hierárquica entre o pessoal da equipa interveniente e que supõe a subordinação de uns agentes a outros em conformidade com a importância da categoria profissional, a denominada supra/infra subordinação (daí a verticalidade). É o caso v.g., das relações entre o cirurgião, chefe de equipa e o pessoal de enfermagem que o auxilia na operação.

Relativamente ao princípio de confiança, de criação jurisprudencial, o mesmo constitui um critério delimitador importante do dever objectivo de cuidado.

Nas palavras de Sónia Fidalgo, «ninguém poderia orientar-se na vida em sociedade se tivesse de contar em cada momento com condutas absolutamente discricionárias por parte dos outros»¹⁴.

Oriundo do direito penal da circulação rodoviária, em que para a circulação do tráfego se entende que àqueles que cumprem as regras de trânsito é lícito esperar que outros também as cumpram, nada fazendo prever o contrário, o princípio de confiança (*Vertrauenprinzip* ou *Vertrauengrundsatz*) que Figueiredo Dias assim enuncia: «quem se comporta no tráfego de acordo com as normas deve poder confiar que o mesmo sucederá com os outros, salvo se tiver razão **concretamente** fundada para pensar de outro modo» de há muito ultrapassou o âmbito de tal direito, sendo hoje frequentemente aplicado no direito penal e, designadamente no que tange à actividade médica em equipa.

Com efeito, segundo refere Roxin tal princípio serve para a negação de um incremento de perigo inadmissível.

¹⁴ SÓNIA FIDALGO, op.cit na nota de rodapé n.º 1 deste estudo, pg.108.

De acordo com este autor, o BGH (*Bundesgerichtshof*) que é o Supremo Tribunal Federal alemão reconhece que numa operação cirúrgica «os médicos especialistas que nela intervêm podem confiar na colaboração correcta do colega de outra especialidade».

5. Da actividade probatória no domínio jurisdicional

No seu estudo intitulado “*Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal, Erro em Medicina*” Paula Bruno¹⁵, ilustre Advogada, assim escreve:

“Para chegarmos a uma situação de responsabilização jurídica do agente, o Tribunal tem de retirar, da prova produzida no âmbito do respectivo processo, a convicção de que determinado tratamento (comportamento activo ou omisivo) do médico visado, consubstancia condutas violadoras dos princípios e regras fundamentais da ciência médica.

Aqui, precisamente, radica a grande dificuldade dos processos judiciais desta natureza, porquanto ao autor (ou seja, ao paciente que se considera lesado) não basta alegar a deficiente prática de um profissional; para obter sucesso no âmbito de uma acção judicial, o paciente, terá ainda de produzir prova consistente da alegada violação das *leges artis*; para tanto, socorrer-se-á dos meios de prova ao seu dispor, nomeadamente: prova testemunhal que consistirá na tomada de declarações a outros médicos, ou prova pericial, carreando para os autos pareceres da Ordem dos Médicos ou do Conselho Médico Legal, das Sociedades Científicas, resultantes do estudo da questão em apreço e/ou dos exames e observações de tais entidades sobre o paciente lesado.

Sabemos que tramitar uma acção desta índole não é tarefa fácil quer para as partes e respectivos advogados, quer para o próprio julgador, pois à partida nenhum deles possuirá conhecimentos técnicos suficientes sobre as matérias em causa.

Daí que as decisões finais proferidas nos processos que têm por objecto a responsabilidade civil dos profissionais de saúde necessariamente fundamentadas nos mencionados meio que ali, repete-se, assumem um papel fundamental”.

O apuramento jurisdicional da matéria de facto em causas de responsabilidade médica, cíveis ou criminais, é tarefa exigente e complexa que requer conhecimentos, prudência e perspicácia e estudo dos julgadores de forma mais

¹⁵ PAULA BRUNO, *Registo de Incidentes e Eventos Adversos: Implicações Jurídicas da Implementação em Portugal, Erro em Medicina*”, edição do Centro de Direito Bioético (FDUC), 2010, pgs. 71/72.

vincada e exigente do que acontece em grande parte das acções cíveis e dos processos criminais.

Desde logo, porque existem reacções orgânicas diversas de pessoa para pessoa nas respostas ao mesmo tratamento, como veremos já adiante.

Tendo em atenção que a larguíssima maioria dos actos ilícitos médicos são imputados a título de negligência (violação do dever de cuidado objectivo) dois são os requisitos prévios para que tal imputação possa ter lugar: a previsibilidade e a evitabilidade:

a) **Previsibilidade**

Sendo elemento da conduta negligente a violação do dever objectivo de cuidado, este traduz-se na omissão da diligência objectivamente exigível.

É justamente na determinação do *como* e *quando* se verifica tal omissão de diligência, que residem as maiores dificuldades no domínio de uma actividade *ex natura* delicada e plétórica de riscos como é a actividade médica.

Desde logo porque para poder agir com a necessária diligência ou cuidado, o médico deve prever ou poder prever a possibilidade de um facto ilícito, v. g. o agravamento da saúde, uma lesão corporal ou mesmo a morte do doente como consequência da sua conduta.

Ora no domínio da medicina, existem tratamentos e técnicas operatórias que, em si mesmos, não traduzem qualquer perigo objectivo, mas cujo emprego, no caso concreto, poderá gerar consequências desastrosas.

Por outro lado, frequentemente são imprevisíveis determinadas consequências ou reacções do paciente, designadamente as chamadas reacções idiossincráticas, isto é, que traduzem uma *susceptibilidade particular em geral inata, que o indivíduo apresenta relativamente a certos factores físicos ou químicos e se manifesta por uma reacção semelhante à alergia ou anafilaxia*¹⁶.

A própria intolerância medicamentosa ou o estado orgânico do paciente e até o seu estado anímico podem condicionar ou determinar reacções imprevisíveis, como é sabido.

A previsão ou a previsibilidade de realização de facto ilícito e culposo que também relevam como baluartes da negligência, só podem ser apreciados casuisticamente em matéria médica em que *cada caso é um caso!*

É justamente em função dessa previsibilidade que se poderá falar de conduta negligente do médico, havendo tal imputação apenas nos casos em que

¹⁶ Definição contida no Dicionário Médico, Climepsi, 2000, p. 327.

o concreto resultado danoso seja *previsível* por um médico, com a qualificação do agente e colocado nas mesmas circunstâncias deste, mas não tenha previsto.

É claro que potencialmente tudo de negativo é susceptível de acontecer durante uma cirurgia, como em quase tudo na vida, mas não é dessa previsibilidade geral e abstracta que se trata, mas sim daqueles eventos lesivos, erros médicos ou violações das *leges artis* que, nas circunstâncias concretas do caso sejam previsíveis por médico medianamente diligente, experiente e atento

b) *Evitabilidade*

A negligência assenta na previsibilidade, como se viu, mas também na evitabilidade do facto ilícito previsível.

Nas palavras do Prof. Germano Marques da Silva, *na possibilidade de o sujeito representar o facto ilícito e na possibilidade de se abster da conduta que o realiza*.¹⁷

O dever de cuidado objectivo é, essencialmente, o dever de actuar com a diligência adequada a evitar a produção do evento danoso.

No campo específico da responsabilidade médica, por isso que a obrigação do médico é, na expressão civilística de Demogue, uma “*obrigação de meios*” e não de “*resultado*”, não se exige do médico, como já se viu, nem a consecução da cura, nem da melhoria do estado do paciente.

Exige-se-lhe porém, de um lado, todo o esforço possível adequado a obter tais resultados, se a própria cura ou melhoria forem clinicamente possíveis e, de outro lado, exige-se-lhe todo o cuidado necessário a evitar a produção de lesão à saúde ou à vida do paciente, lesão que se pode traduzir num agravamento da já existente.

E, por isso que, entre nós, está tutelado o direito à autodeterminação do paciente, isto é, o direito de dispor sobre o seu próprio corpo ou vida (*freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinem Körper*, na expressão jurisprudencial alemã¹⁸), exige-se-lhe ainda, a não lesão de tal direito, mediante o cumprimento do dever de esclarecimento.

Ora é em função de tais exigências da ordem jurídica, o que vale por dizer, da salvaguarda dos bens jurídicos que são o corpo, a saúde e a vida do paciente (os seus direitos de personalidade na perspectiva jurídica civil), que o médico há-de usar da diligência exigida segundo as circunstâncias concretas para evi-

¹⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit. p. 174.

¹⁸ Tal expressão ficou célebre, como posição histórica do BGH, no seu aresto proferido no caso *Myom-Fall* em 28.11.1957 (BGHSt 11,111, apud. C. ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, cit., p. 401 e nota 113).

tar o evento,¹⁹ desde que seja evitável, nisto se traduzindo, afinal, o seu dever objectivo de cuidado.

Apraz registar que já nos longínquos anos sessenta, uma época em que praticamente pouco se falava da Responsabilidade Médica em Portugal, o Professor Eduardo Correia escrevia nas suas Lições de Direito Penal professadas na Universidade de Coimbra, que «a arte de curar supõe um conjunto de cuidados e cautelas que é adequado a evitar a produção da morte, o uso de certos processos cirúrgicos impõe certos cuidados que variam conforme a natureza destes, etc»²⁰.

Os espinhosos problemas no apuramento da responsabilidade médica mediante a apreciação da conduta dos profissionais de medicina, a determinação concreta do acto ou omissão gerador de danos no paciente, a censurabilidade de tal conduta e o apuramento do nexó de causalidade entre a conduta do agente (médico) e o dano causado por essa conduta (activa ou omissiva) são precisamente os que demandam actividade probatória mais do tribunal relativamente às acções cíveis e aos processos criminais, nas respectivas jurisdições.

Entre nós, os tribunais não deixam de recorrer às presunções judiciais (também designadas como presunções *hominis* ou presunções naturais), partindo de um facto assente como provado para, mediante um raciocínio lógico indutivo, aquilatarem da possibilidade de fixar um outro *factum probandum* no elenco da factualidade demonstrada e assente.

Existem, todavia, em vários países, como salientam diversos autores – entre os quais, a ilustre Prof.^a da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Rute Teixeira Pedro, na sua excelente dissertação de Mestrado²¹ –, designadamente no Reino Unido, na França, na Alemanha e na Itália, alguns dispositivos ou mecanismos, de origem jurisprudencial ou mesmo dogmática, que visam facilitar ao lesado (paciente) a demonstração da prática do facto lesivo e culposo pelo autor da lesão, cumprindo assim o seu ónus de prova na acção condenatória responsabilidade que, de outro modo veria dificultado.

A citada autora afirma que «nos vários instrumentos jurídicos, foram-se desenvolvendo instrumentos jurídicos que, através de determinados elementos fácticos – de (mais) fácil demonstração para o doente – possibilitam que o juiz se convença, à luz de um raciocínio dedutivo, da verificação *in casu* de certos pressupostos fundamentadores da responsabilidade civil – que envolve «*una rete di passaggi inferenziali*» racionalmente fundada, de escolha da «*migliori narrazione*» dos factos de entre aquelas que lhe foram apresentadas»

¹⁹ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, Coimbra, 1968, pg. 424.

²⁰ Idem, *ibidem*.

²¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico (Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado)*, Coimbra Editora, 2008, pg. 338 e ss.

Esta ilustre autora relembra, todavia, a grande utilização que tem vindo a ser efectuada, designadamente na Itália, quanto às máximas decorrentes da regra do *id quod plerumque accidit*, as chamadas máximas da *experiência comum e da normalidade*, isto é, daquilo que acontece em situações factuais quase idênticas ou muito semelhantes, citando, todavia, um estudo do italiano Antonio Carrata publicado na *Rivista di Diritto Processuale*²² em que este autor assim considera: «as máximas da experiência ou “*id quod plerumque accidit*” fundam também o juízo de verosimilhança. Mas, dado o grau menor de convicção que esta produz, aquelas máximas apresentam-se ainda desprovidas de um coeficiente de crédito da sua validade nos casos *sub judicio*, que apenas lhes pode ser aposto, após confirmação obtida através da actividade probatória. As regras da experiência aparecem, assim, apenas, como abstractamente operativas e, portanto, como demonstrativas *prima facie* (numa primeira aparência) de uma determinada alegação factual».

Ainda no domínio da doutrina jurídica portuguesa, outros estudos se perfilam, tais como a obra imprescindível para o estudo sobre Responsabilidade Médica, tanto civil como criminal, da Professora Vera Lúcia Raposo²³, onde a autora refere de forma detalhada várias *teorias de prova* que foram surgindo nesse domínio.

O panorama não é muito diferente ao nível da jurisprudência pátria, pois, por várias vezes, os tribunais se ancoram no dispositivo da Prova *Prima Facie* ou da Primeira Aparência, para, a partir de um facto provado na acção (facto base da presunção), inferir, pelo método lógico-indutivo, a realidade de outro facto alegado (facto presumido) e cujo ónus de prova estaria a cargo do lesado (paciente) nas acções de responsabilidade civil extracontratual médica, como comanda o artigo 487.º, n.º 1 do C. Civil ao estatuir que é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, afinal nada mais sendo esta regra específica da responsabilidade delitual, do que um corolário da regra geral estatuída no n.º 1 do artigo 341.º do Civil²⁴, segundo o qual àquele que invoca um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado na esteira dos vetustos brocardos latinos “*actore incumbit onus probandi*” e “*onus probandi*”

²² A.CARRARA, *Rivista di Diritto Processuale*, Ano 2003, n.º 1 (Janeiro a Março), pg. 45, cuja citação no texto supra transcrita é citada igualmente pela ilustre Autora a que se refere a nota anterior.

²³ VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato médico ao Problema Jurídico*, Almedina, 2014 (reimpressão), 2014, pgs 48 a 145.

²⁴ No sentido de que a norma que assenta no artigo 487.º, n.º do Código Civil representa uma mera aplicação das regras gerais de repartição do ónus da prova consagradas no artigo 342.º do mesmo Código, cfr. v.g. J. SOUSA RIBEIRO in *O Ónus da Prova da Culpa na Responsabilidade Civil*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, II, número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1979, pg.413.

incumbit eis qui dicit non eis qui negat”, pois o lesado será, em princípio, o demandante (autor) numa acção indemnizatória emergente daquela responsabilidade.

Trata-se das denominadas *presunções judiciais* isto é, presunções de facto, também designadas presunções naturais ou *hominis*, tiradas pelo juiz julgador, acerca das quais o ilustre Professor Carneiro da Frada, da Faculdade de Direito de Lisboa, assim se pronuncia:

«Um uso correcto das presunções de facto é imprescindível. Elas apelam para aquilo que ocorre (ou não) segundo o curso normal das coisas, ou seja, à luz da experiência usual. A base desta experiência não se reduz meramente à (subjectiva) do julgador, antes abrange aquela que é comum a uma comunidade. Ela pode portanto variar, evoluir e corrigir.

O risco do desconhecimento dessa experiência na condução individual da vida corre por conta de cada um como preço a pagar pela sua participação no lodo social.

Para a demonstração indiciária da culpa torna-se necessário que o tipo do evento a esse título imputado não ocorra geralmente na ausência de uma negligência de alguém. Também é relevante saber se ele foi ou não originado por uma circunstância ou ocasião sobre o qual o potencial responsável tinha o exclusivo controlo. Tanto pode demonstrar-se que ocorreu (com a devida probabilidade) uma certa e concreta conduta (culposa) do sujeito, como evidenciar-se (na falta dessa demonstração) que todas as causas pensáveis e prováveis de determinado evento são, em termos de razoabilidade, imputáveis ao sujeito, que por elas terá de ser responsável.

Não deve no entanto olvidar-se que o grau de persuasividade que se requer para o estabelecimento de um facto se encontra num equilíbrio dinâmico com as consequências que dele se pretende retirar. Ele tem de ser suficiente para admitir a inversão das posições dos sujeitos no diálogo probatório (em juízo)»²⁵.

Resulta, destarte, uma simplificação do espinhoso ónus de prova pelo lesado, na medida em que, por um lado, este é a parte menos habilitada para o efeito, uma vez que não domina o *hermetismo* terminológico da medicina, não dispõe imediatamente do processo clínico nem de outros elementos documentais demonstrativos dos procedimentos e da terapêutica instituída e, mesmo que essa documentação lhe seja facultada a seu pedido nos termos legais, dificuldades se lhe deparam frequentemente desde a decifração da letra nas observações

²⁵ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil, responsabilidade civil, o método do caso*, Almedina, reimpressão, pgs. 82, 83.

manuscritas e até no entendimento da nomenclatura e terminologia de diversos actos praticados ou produtos ministrados relativamente aos efeitos no seu organismo e que constem daquele acervo documental, sendo de não menosprezar a circunstância de, não raramente, o processo clínico não vir completo, podendo faltar peças ou se desconhecendo as assinaturas ou rubricas manuscritas ou, até mesmo, a dificuldade de legibilidade das palavras manuscritas com os inerentes riscos.

Também para Magistrados e Advogados que intervêm no processo judicial não são menosprezáveis tais dificuldades, como é fácil de calcular, já que raramente estão a par da terminologia técnico-científica da medicina, vulgarmente designada pelos leigos como “*jargão médico*”.

Já no recuado ano de 1989, o ilustre Professor de Coimbra, Sinde Monteiro, salientava na sua magnífica dissertação de Doutoramento intitulada «*Responsabilidade Por Conselhos, Recomendações ou Informações*»²⁶ o relevo para a jurisprudência alemã da figura da *Anscheinsbeweis* (prova aparente) ou, mais concretamente, a «*erste Anscheinsbeweis*» (prova da primeira aparência), também conhecida como prova “*prima facie*» na conhecida expressão latina.

No entanto, não obstante as virtualidades positivas destes mecanismos de aligeiramento do ónus de prova, importa ter atenção a ponderação acertada de Rute Pedro quando refere o seguinte:

«Através deste mecanismo de aligeiramento do ónus probatório, extrai-se de elementos que apresentam uma força de convencimento inferior ao da prova directa de um facto, um valor cognoscitivo semelhante ao desta, porque, provados aqueles elementos, aceita-se “*em primeira aparência*” demonstrado o facto controvertido.

Tal inferência assenta na probabilidade de verificação de um dado evento que se retira da tipicidade apresentada pela factualidade provada e justifica a exigência de um menor grau de prova para que o juiz considere assente o remanescente (e desconhecido) decurso factual ocorrido. Por exemplo, da presença de uma queimadura de terceiro grau numa pessoa que foi radiografada, presume-se *prima-facie* que foi ministrada uma dose muito elevada de raio-X»²⁷.

Ao exemplo apresentado, da queimadura na pessoa que foi radiografada, quando antes da radiação não era portadora de tal lesão, quadra-se melhor, tal-

²⁶ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou informações*, dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas, Almedina (colecção Teses), 1989, pg. 297, nota 429.

²⁷ RUTE PEDRO, op. cit supra na nota de rodapé 12.

vez, a denominada *Res ipsa loquitur* (a coisa fala por si), tal parece ser a evidência do acontecido.

Estes mecanismos de aligeiramento do ónus da prova, especialmente o baseado nas máximas de experiência comum, conjugadas com a normalidade da vida, não permitem mais do que um juízo de verosimilhança e tal como sucede com as presunções naturais ou *hominis* não implicam qualquer inversão do ónus de prova, mas o seu conteúdo pode ser abalado por *contraprova*.

A *contraprova* (*Gegen beweis*) é um elemento destinado a pôr em causa um depoimento ou a credibilidade de uma prova sujeita à livre apreciação do julgador (documento particular, depoimento testemunhal, etc), para abalar a convicção do julgador sobre a verdade do facto probando e que não se confunde com a prova do contrário (*Beweis des Gegenteils*).

Pelas apontadas razões, é frequente nos nossos tribunais o recurso às presunções judiciais ou de facto, cujo regime legal está consagrado no artigo 351.º do Código Civil ao estatuir que «*as presunções judiciais só são admitidas nos casos e nos termos em que é admitida a prova testemunhal*».

Na definição expressa pelo Acórdão do STJ, de 07-12-2005, de que foi Relator o Ilustre Juiz Conselheiro Salvador da Costa, «Trata-se de situações em que, num quadro de conexão entre factos, uns provados e outros não provados, a existência dos primeiros, com considerável grau de probabilidade segundo a experiência comum, juízos correntes de probabilidade, princípios de lógica corrente e dados da intuição humana, fazem admitir a existência dos últimos»²⁸ e, como se lê na excelente obra do então Ilustre Juiz de Direito, Dr. Pires de Sousa (actualmente Juiz Desembargador) “*Prova por Presunção no Direito Civil*”²⁹, “a presunção é um recurso cognitivo da comunicação, ciência e do direito que assume especial acutilância no direito civil, onde desempenha um papel fulcral na prova designadamente de factos psíquicos, volitivos e cognitivos. Ao contrário da doutrina clássica que subalternizava a eficácia da presunção, esta pode sustentar por si só o convencimento judicial, salvo nos limitados casos em que a lei impede a sua utilização”

Quanto às presunções judiciais, o seu uso é relativamente frequente quanto à demonstração da negligência do médico, a sua culpa, e relativamente à espinhosa demonstração da conexão causal entre a conduta médica ilícita e culposa e o dano sofrido pelo paciente lesado (imputação objectiva).

Não seria curial encerrar o presente capítulo, sem antes fazermos menção de uma característica específica focada vincadamente por vários autores no sentido de que a preterição de uma ou algumas *leges artis*, por si só, como regras

²⁸ Ac. STJ de 07-12-2005 (relator: SALVADOR DA COSTA, P.º 05B3853 disponível em www.dgsi.pt)

²⁹ LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Prova por presunção*, Almedina, 2012, in contracapa da obra.

técnico-científicas e deontológicas que são, pode não implicar qualquer infracção do dever de cuidado, na medida em que há uma trave-mestra da terapêutica médica que é a *circunstancialidade* de cada caso e que vários autores, designadamente María del Cármen Gómez Rivero, Catedrática de Direito Penal da Universidade de Sevilha, salienta nestes termos: «*de uniformidad goza la afirmación en torno a que los presupuestos de la responsabilidad están decisivamente condicionados por la nota de la circunstancialidad y la conseguinte imposibilidad de plasmar en reglas fijas e inamovibles la relatividad de los aspectos que el médico debe observar a la hora de realizar su actividad*», acrescentando que «*no sería admisible concluir que cualquier variación de lo prefijado por reglas generales suponga un comportamiento imprudente*»³⁰.

A ilustre Penalista de Sevilha, que vimos de citar, conclui no sentido de que tanto a jurisprudência como a doutrina coincidem no entendimento de que para a apreciação de eventual violação do dever objectivo de cuidado não pode ser decisiva a pura violação de regras técnicas ou das prescrições de deontologia médica, nem sequer do cumprimento dos protocolos, *guide-lines* médicos onde se plasmam as orientações de actuação, directrizes ou recomendações estabelecidas por peritos para o labor dos profissionais da Medicina, etc.

Todas estas dificuldades se podem colocar nos julgamentos das causas de responsabilidade médica e, por isso, árdua é a tarefa do juiz da causa para o apuramento da verdade que, particularmente nos processos cíveis referentes à responsabilidade médica, não deve ser meramente formal, antes corresponder tanto quanto possível à realidade das coisas.

Pelo exposto, não deve o julgador deixar de fazer uso dos poderes que lhe são conferidos por lei, designadamente, o disposto no artigo 7.º, n.º 2, conjugado com o artigo 417.º, n.º 1 ambos do CPC, para se esclarecer convenientemente dos factos de que pode conhecer e, designadamente, ouvir o próprio lesado (em geral autor) ou quem tiver por conveniente sobre todos os aspectos factuais que se lhe afigurarem necessários para assegurar a justa decisão da causa, face ao disposto no artigo 602.º, n.º 1 *in fine* do mesmo diploma legal.

A audição do próprio lesado pelo julgador não tem por escopo precípua uma pretensa facilitação do encargo probatório que sobre o lesado recai nos termos do artigo 487.º n.º 1 do C.Civil, até porque, como é sabido, o lesado está patrocinado, em geral, por distinto profissional de advocacia, não constituindo destarte um auxílio mediante simplificação da tarefa probatória, nem uma menor exigência judicial do rigor da demonstração da verdade dos factos, antes visa permitir ao julgador uma adequada captação da realidade dos factos,

³⁰ M.ª DEL CARMEN GOMEZ RIVERO, *La Responsabilidad Penal del Médico*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch (tratados) Valencia, 2008, pgs 337/38.

o que obviamente será sindicado pela parte contrária no uso do princípio do contraditório (artigo 3.º, n.º 3 do CPC) .

Como escreveu o Prof. André Gonçalo Dias Pereira, na sua dissertação de Doutoramento, «o juiz deve ter uma postura interventiva e usar de poderes inquisitórios, de modo a tentar apurar de forma mais activa, a verdade dos factos. Com efeito, o juiz tem o poder de realizar ou ordenar simplesmente as diligências necessárias ao apuramento da verdade (artigo 265.º, n.º 3 do CPC). Consagra-se aqui o princípio do inquisitório, demonstrando-se do mesmo passo que o papel de juiz-árbitro se encontra ultrapassado»³¹

6. Da sentença final do pleito

Seja-nos permitido, à guisa de introito a este capítulo final, transcrever pela sua manifesta pertinência, breve passagem de uma palestra que proferimos em 12 de Março de 2016, na cidade do Porto, na Reunião Nacional da Associação dos Médicos Católicos Portugueses – 2016³², por amável convite do seu Ilustre Presidente de então, Dr. Carlos Alberto Martins da Rocha e que teve lugar no Centro de Congressos da Secção Regional do Norte da Ordem dos Médicos:

«Para cabal entendimento da perspectiva do jurista, importa dizer que o profissional do foro, *maxime*, o Juiz a quem compete apreciar e decidir as questões que lhe são submetidas para julgamento, move-se sempre entre dois hemisférios em que se ancora o seu dever de apreciação e decisão, o dos *factos* e o *do direito*.

O hemisfério dos factos é aquele em que se implantam as realidades da vida, normalmente perceptíveis por via sensorial (ainda que através de instrumentos adequados), o denominado mundo do ser (*Sein*, na terminologia germânica), daquilo que acontece, vale dizer, o mundo ontológico, naturalista ou fenomenológico, mais propriamente, o mundo ôntico-fenomenológico. É o mundo dos acontecimentos ou eventos.

O hemisfério do Direito é o mundo dos valores normativos, do que, na perspectiva jurídica (legal, doutrinária, jurisprudencial e, não raro, até costumeira ou consuetudinária) constitui o *mundo do dever ser* (*Sollen*) um mundo axiológico valorativo.

³¹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica* Coimbra Editora, 2015, pg. 778/79.

³² O texto integral da referida palestra, sob o título *Alguns Aspectos do Erro Médico na Perspectiva do Direito*, encontra-se publicado na revista *Acção Médica*, Ano LXXX, n.º 2 Junho de 2016, pgs. 9 a 32 do referido número 2.

Dito de uma forma simples, cabe ao Juiz aperceber-se daquilo a que se designa por *realidade* tanto quanto possível, do que efectivamente se passou no plano dos factos ou eventos materiais e, para isso, procede ao julgamento da matéria de facto, mediante o exame, discussão e apreciação dos meios de prova que tiverem sido trazidos ao processo [prova documental (registos clínicos, papeletas hospitalares, prescrições efectuadas ou técnicas utilizadas, exames prévios requisitados)] prova pericial, testemunhal, prova por inspecção, enfim, os meios de prova legalmente admitidos em que possa alicerçar a convicção sobre tais factos.

Fixados os factos provados e elencados os não provados, sempre mediante a necessária e criteriosa fundamentação para se evitar uma fixação arbitrária, procede-se à valoração dos mesmos, inserindo-os, ou não, na previsão das norma legais aplicáveis, com o argumentário técnico-jurídico apropriado para o efeito (a denominada subsunção dos factos na norma).

Finalmente, cabe ao Juiz decidir, não apenas com base na aridez da lei, mas também por comparação com outros casos reais da vida julgados pelos tribunais (jurisprudência) e com apoio na melhor doutrina (trabalhos de investigação dos docentes de Direito ou de pessoas de reconhecido valor técnico-científico, normalmente em publicações especializadas), em tudo isso se apoiando para elaborar a decisão plasmada na sentença judicial».

No presente capítulo, dadas as limitações a que está sujeito um arigo de revista, apenas se equacionarão três questões que frequentemente surgem em acções cíveis relativas à responsabilidade médica e com as quais os juízes não raramente se defrontam e cujas soluções propostas pela doutrina ainda não se afiguram suficientemente estabilizadas.

a) ***Da aplicabilidade do disposto no artigo 493.º, n.º 2 do Código Civil aos casos de intervenções médico-cirúrgicas***

Começemos pela questão de saber se as intervenções cirúrgicas se podem considerar *actividades perigosas*, à luz do n.º 2 do artigo 493.º do C. Civil o que, em caso afirmativo, desencadeia o mecanismo da inversão do ónus de prova pelos médicos lesantes, dado que tal preceito estabelece a obrigação de reparação dos danos provocados a outrem, por quem, no exercício de uma actividade perigosa em si própria ou pela natureza dos meios utilizados, os tiver causado, excepto se demonstrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.

Segundo alguma doutrina, tem-se entendido, como tal, os tratamentos médicos com Raios X (radiações) e com Ondas Curtas, a utilização dos aparelhos de ressonância magnética, de hemodiálise, de incubadoras, de bisturis eléc-

tricos, de aparelhos para tratamentos com radiação ou brocas para tratamento dentário da boca, *inter alia*, Vera Lúcia Raposo³³.

Na obra referida vem citado um aresto do STJ³⁴ que «*aplicou esta presunção ao considerar que sobre o médico que utilizava um cauterizador eléctrico (instrumento perigoso), provocando no paciente queimaduras graves, recaía uma presunção de culpa, a qual poderia ser ilidida pelo médico fazendo prova de que tomou todas as medidas para evitar tal consequência*»³⁵.

Pires de Lima e Antunes Varela consideravam, no seu conhecido Código Civil anotado, na parte referente a este artigo, que «*não se diz, no n.º 2, o que deve entender-se por uma actividade perigosa. Apenas se admite, genericamente, que a perigosidade derive da natureza dos meios utilizados (tratamentos médicos com raios X, ondas curtas, etc...)*» mas quanto às intervenções médico-cirúrgicas e tratamentos médicos, a qualificação de perigosidade de tal actividade não recolhe consenso nem sequer maioria, mesmo o entendimento que defende que a cirurgia abdominal (barriga aberta) constitui uma actividade perigosa.

Também a nossa jurisprudência não tem sido unânime quanto à aplicabilidade do n.º 2 do artigo 493.º do C. Civil aos casos de responsabilidade médica, embora a maior parte se pronuncie no sentido positivo.

A título de exemplo no sentido afirmativo, podemos indicar o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09.12.2008 de que foi Relator o Exm.º Juiz Conselheiro Mário Cruz onde se lê: «O ónus da prova desses pressupostos competem ao A, uma vez que nos termos do artigo 342.º-1 do C. C, são eles constitutivos do direito. A lei, no entanto, dispensa o lesado de produzir a prova da culpa, se houver presunção dela – artigo 487.º *in fine*. Ora um dos casos de presunção da culpa é precisamente a actividade médico-cirúrgica, atenta a natureza de actividade perigosa quer pelo objecto prosseguido, quer pelos meios utilizados»³⁶.

Creemos que, para a qualificação da cirurgia como actividade perigosa em si mesma, não haverá fundamento bastante, tudo dependendo da complexidade da intervenção, visto que se trata de um exercício quase quotidiano e cujos resultados deletérios ou negativos são escassos, além de que a generalidade dos médicos, consciente dos riscos que qualquer acto médico-cirúrgico comporta, toma os cuidados devidos no seu exercício, pelo que não se descortina argumentário de natureza teleológica ou substancial para, em qualquer caso de

³³ Op. cit, pg. 108.

³⁴ Ac. STJ de 18-02-1992, P.º 080855.

³⁵ V. L. RAPOSO, op cit supra (nota 21) Idem, ibidem..

³⁶ Ac. STJ de 09.12.2008, P.º 08A3323 (Relator, Exm.º Conselheiro MÁRIO CRUZ, Disponível em www.dgsi.pt).

intervenção cirúrgica mal sucedida lançar mão *ex ante* de uma injusta presunção de culpa dos médicos, obrigando-os a fazer prova da sua diligência e essa tem sido a orientação maioritária da doutrina, acompanhada, de uma forma geral, pela jurisprudência.

Creemos ser de toda a conveniência citar, aqui e agora, algumas posições doutrinárias de quem a esta matéria tem dedicado especial atenção, começando pela posição do ilustre Prof. Miguel Teixeira de Sousa que a este respeito assim considera:

“No âmbito da responsabilidade delitual, admite-se uma inversão do ónus da prova da culpa quando forem utilizados meios perigosos; nesta situação incumbe, conforme se dispõe no artigo 493.º, n.º 2, do Código Civil, a quem os usou provar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir os danos causados. Suponha-se que o médico utilizou aparelhos ou máquinas que exigem um manuseamento cuidado e atento, como, por exemplo, um aparelho de anestesia; neste caso, incumbe ao médico provar que os danos provocados por um desses aparelhos ou máquinas não são devidos a uma utilização negligente, mas a factores independentes dessa circunstância, como, por exemplo, um defeito de fabrico. O médico não pode assumir a garantia do funcionamento sem falhas dos aparelhos por ele usados no diagnóstico ou no tratamento, mas tem o ónus de provar que os danos por eles causados não resultaram de negligência própria”.

Igualmente a Prof.^a Vera Lúcia Raposo defende que «a presunção plasmada no artigo 493.º/2 não abarca todos os domínios da actividade médica, mas aqueles que tratam de procedimentos particularmente arriscados face ao comum dos actos médicos».³⁷

A Ilustre jurista que vimos de citar acrescenta: «Reconhecemos que a medicina é, em certa medida, uma actividade que intrinsecamente comporta perigos. Porém, a sua consideração como perigosa para efeitos de presunção de culpa do médico em toda e qualquer situação inibiria por completo a actividade médica. Por conseguinte, a doutrina e a jurisprudência tendem a não considerar a actividade médica como uma actividade em si mesma perigosa: «Incumbia ao A. a prova dos factos constitutivos do seu direito, “maxime” da culpa dos agentes do R., já que não se podendo considerar o exercício da medicina uma actividade perigosa por sua própria natureza, não beneficiava o A. da presunção de culpa estatuída no n. 2 do art. 493 do C. Civ. Cabem neste leque de casos especiais

³⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, op. cit, pg. 107.

a realização de operações ousadas, como operações de enxerto e de transplante de órgãos» e, em abono da sua posição, cita um acórdão do Supremo Tribunal Administrativo³⁸, em que se lê no ponto IV do seu sumário o seguinte: «Incumbia ao A. a prova dos factos constitutivos do seu direito, “maxime” da culpa dos agentes do R., já que não se podendo considerar o exercício da medicina uma actividade perigosa por sua própria natureza, não beneficiava o A. da presunção de culpa estatuída no n. 2 do art. 493 do C. Civ.»

De realçar também a posição do ilustre Prof. André Dias Pereira, actual Director do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra que, depois de proceder a uma enumeração exemplificativa de vários arestos do Supremo Tribunal de Justiça na sua excelente dissertação de Doutoramento, defendida em provas públicas naquela Universidade, exprime a sua posição pessoal no sentido de que «se a actividade cirúrgica não cabe, em regra, no âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 493.º, pode uma dada intervenção, em concreto, pela sua especial periculosidade ou pelo seu carácter inovador ou experimental justificar a aplicação deste regime mais gravoso.

É esta tese que deve valer não apenas para a cirurgia, mas ainda para intervenções de quimioterapia, radioterapia ou outras cujo perigo concreto seja elevado».³⁹

De referir que, já nos anos 80, Sinde Monteiro afirmava que “se necessário e na medida em que seja legítima a admissibilidade de uma presunção de culpa com respeito à violação de deveres de prevenção de perigos, o correcto processo técnico para alcançar este desiderato parece ser o da aplicação extensiva ou analógica de um dos preceitos ou a que em todo o caso subjaz o pensamento dos deveres no tráfico, e em particular do artigo 493.º/2 do Código Civil»⁴⁰.

É precisamente este o entendimento que perfilhamos, o que aqui se deixa plasmado.

b) *Das situações de indeterminação do responsável dentro da equipa*

Este é um dos problemas que, com maior frequência que seria de esperar, surge no seio das equipas médico-cirúrgicas relativamente a danos ocorridos no paciente durante a intervenção e cuja autoria não é por vezes determinável.

Neste sentido, Vera Lúcia Raposo alerta, com razão, que «grande parte da actividade médica hoje em dia é levada a cabo em equipas, o que fomenta

³⁸ Acórdão do STA (P.º 0305514, Relator: Desembargador QUEIROGA CHAVES, de 10-12-92, disponível em sumário em www.dgsi.pt).

³⁹ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica* (dissertação de Doutoramento), edição do Centro de Direito Biomédico da FDUL, publicada por Coimbra Editora, pg. 760.

⁴⁰ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos e Informações...*cit...pg.

a diluição da responsabilidade de uma tal forma que a dada altura já não nos é possível encontrar um responsável». ⁴¹

Esta “diluição da responsabilidade”, na maior parte das vezes não é consciente, não obstante a auto-responsabilidade e a divisão de trabalho entre os diversos membros da equipa, podendo até resultar da entreatajuda, cooperação e colaboração de vários médicos no mesmo acto, designadamente nos casos de urgência em que a vida do paciente corre sérios riscos demandando o concurso ou auxílio simultâneo de vários profissionais de medicina e enfermagem, mas o certo é que tal pode impossibilitar ou dificultar a determinação do agente ou agentes a quem atribuir responsabilidade pelo resultado defeituoso ou infausto.

Tais situações são normalmente decididas através da aplicação de um dos dois regimes legais previstos nos artigos 500.º e 800.º do Código Civil.

O artigo 500.º regula a relação entre comitente e comissário, isto é, um relação de dependência ou subordinação *lato sensu* entre o comitente e o comissário, tendo primeiro o dever de controlar, dirigir e vigiar as tarefas ou funções desempenhadas pelo segundo por meio de ordens e instruções ⁴².

Carla Gonçalves, em matéria de responsabilidade civil da equipas médico-cirúrgicas, não reconhece a existência de uma relação de comissão entre o cirurgião chefe da equipa e o anestesiológista, de forma seguinte: «muito embora admitamos que o cirurgião chefe possa vigiar a actuação do anestesista, parece-nos um pouco forçado aceitar que o primeiro possa dar ordens ou instruções ao segundo. Assim sendo, a solução mais natural, e como tal se deve aceitar, é a que não existe uma relação de comissão entre estes sujeitos».

Tanto o artigo 500.º como o artigo 800.º, ambos do Código Civil, regulam matéria da responsabilidade objectiva, isto é, em que não é necessário indagar da eventual culpa do comitente ou preponente, sendo o chefe de equipa o responsável pelas condutas dos seus comissários e/ou do seus auxiliares ⁴³.

Na relação de comissão (artigo 500.º) tal responsabilidade advém-lhe da sua condição de comitente (*aquele que encarrega outrem de qualquer comissão*), mas no artigo 800.º, a responsabilidade resulta da sua condição de preponente, isto é, aquele que utiliza pessoas para o cumprimento, da obrigação (prepostos) ⁴⁴,

⁴¹ V. L. RAPOSO, *Do Acto Médico ... cit*, pg 297.

⁴² Cfr, para maior desenvolvimento, CARLA GONÇALVES in *A Responsabilidade Civil Médica, um Problema para além da Culpa* (dissertação de Mestrado), Coimbra Editora, edição do CDB da FDUC, 2007, pg 114.

⁴³ V. LÚCIA RAPOSO, *op. cit.*, pg. 298.

⁴⁴ O preposto pode ser um auxiliar directo, empregado ou outro subordinado, qualquer pessoa que recebe ordens de outra ou até um profissional liberal designado para uma atividade específica. Podem ser colaboradores permanentes ou temporários, com ou sem vínculo laboral ou contratual de prestação de serviços, com ou sem poderes representativos da empresa perante terceiros.

tornando-se responsável perante o credor pelos actos dessas pessoas como se tais actos fossem praticados por si próprio.

A ideia que subjaz a este dispositivo legal é, no dizer do saudoso Prof. Vaz Serra, a seguinte: «o devedor que se aproveita de auxiliares no cumprimento, fá-lo a seu risco e deve, portanto, responder pelo facto dos auxiliares, que são apenas um instrumento seu para o cumprimento»⁴⁵.

Assim sendo, é de concordar inteiramente com a síntese formulada por Carla Gonçalves segundo a qual “a responsabilidade do chefe da equipa só será objectiva quando existir uma relação de comissão (artigo 500.º, CC) ou quando as pessoas, por ele utilizadas para dar cumprimento à obrigação, derem causa ao prejuízo sofrido pelo paciente” (artigo 800.º, CC)⁴⁶.

Muito importante é o facto, aliás bem enfatizado pela mesma autora que vimos de citar, de que a responsabilidade do devedor⁴⁷ por actos dos seus colaboradores não pressupõe qualquer relação de subordinação e, designadamente, nada obsta que «o auxiliar seja autónomo ou independente e porventura até mais habilitado a desenvolver a tarefa que lhe foi confiada do que o próprio devedor»⁴⁸.

Citando ainda o Prof. Carneiro da Frada,

«ordinariamente, o cirurgião responderá pelos factos do pessoal auxiliar (enfermeiros, instrumentistas), nos termos do art. 800.º, mas é discutível que o mesmo valha para o anestesista ou outros especialistas que intervenham em relação de paridade com ele. No entanto, parece em muitos casos aceitável que lhe possam ser imputados os danos que não se sabe por quem da sua equipa foram provocados»⁴⁹.

Não ficaria suficientemente aclarada esta questão, sem que, uma vez mais se deixasse exposta a posição de Vera Lúcia Raposo com a clareza que lhe é unanimemente reconhecida:

«No âmbito de aplicação destas normas o chefe de equipa é chamado a responder em primeira mão, tendo depois um eventual direito de regresso contra o agente que cometeu o ato ilícito e culposo. Ou seja, se um doente contratar com

⁴⁵ ADRIANO VAZ SERRA, *Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos*, n.º 2, Boletim do Ministério da Justiça n.º 72 e cit. por P. LIMA e A. VARELA, *Código Civil anotado*, vol. III, anotação ao artigo 800.º.

⁴⁶ CARLA GONÇALVES, op. cit. na nota 42.

⁴⁷ O termo *devedor* tem, na relação creditícia ou obrigacional, o sentido de pessoa sobre a qual recai o dever de efectuar a prestação (cfr. MELO FRANCO e HERLANDER MARTINS, *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, 2.ª edição, Almedina, 1988, pg. 298.

⁴⁸ Idem, ibidem.

⁴⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, op. cit. supra, na nota 25, pg. 117.

certo cirurgião a realização de determinada intervenção, o cirurgião é contratualmente responsável pelos atos de todos os elementos da equipa (embora no caso da relação entre cirurgião e anestesiológicos existam especificidades).

Claro que se o facto não se dever culposamente ao auxiliar, nem este nem o médico que lidera a equipa serão responsabilizados. A responsabilidade que deflui das respetivas normas é objectiva em relação ao próprio chefe de equipa mas não relativamente ao comitente ou auxiliar, de modo que o chefe de equipa responde, mesmo sem culpa sua, por atos (necessariamente culposos) por parte daquele.

Em suma, em termos civis – e quer fazendo uso do art. 500.º do CC, quer do art. 800.º do CC – o cirurgião é responsável pela conduta da sua equipa.

Tratando-se de responsabilidade extracontratual resulta do art. 500.º do CC que o médico será responsável pelos atos das pessoas que utilize para cumprir as suas obrigações, tal como se tais atos tivessem sido praticados por si próprio, mas apenas desde que aquelas tenham atuado no cumprimento da sua obrigação. Sensivelmente o mesmo conteúdo é estipulado pelo art. 800.º/1 do CC para a responsabilidade contratual, determinando que o médico responde pelos atos das pessoas sob a sua autoridade, desde que estas tenham agido com culpa. A diferença é que, no caso do art. 800.º do CC, o médico responde mesmo por atos praticados por mera ocasião do cumprimento da obrigação, ao passo que à luz do art. 500.º do CC apenas responderá por atos praticados durante, e por força, do cumprimento da obrigação.

Mas em qualquer dos casos exige-se como pressuposto a culpa do auxiliar para que o chefe de equipa seja responsabilizado. Só assim não será quando exista culpa do médico na escolha do auxiliar, nas deficientes instruções que lhe fornece ou no exíguo controlo sobre ele exercido. Em tais casos o médico será chamado a responder ainda que os seus auxiliares não tenham agido de forma culposa. Na realidade será responsabilizado por atos próprios – foi negligente na escolha do auxiliar, não lhe forneceu instruções adequadas ou não acompanhou a atuação daquele – e não pela atuação do auxiliar⁵⁰.

Não nos iremos alongar mais, frisando apenas que os estudos jurídicos sobre responsabilidade médica visam apenas garantir a aplicação de Justiça e nunca perseguir esses nobres e indispensáveis profissionais dessa Ciência e Arte que é a Medicina, esses *cireneus compassivos do calvário humano*, como Miguel Torga, em hora de propícia inspiração, lhes chamou.

⁵⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, op. cit., pg. 298.

O princípio da cooperação defronte da proposta de revisão do CPC (Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.ª)

JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS*

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Cooperação, princípio fundamental?* 3. *Directrizes da cooperação.* 4. *Concretizações cooperativas.* 5. *Das concretizações, à inexistência de cláusula geral.* 6. *Comunidade de trabalho: entre o slogan e a decepção.* 7. *Alterações mais relevantes da Proposta de Lei.* 8. *Conclusões.*

1. Introdução

Tendo aceite um convite, no sentido de participar no I Congresso Luso Brasileiro de Direito Processual Civil da Universidade Nova, co-organizado pela Faculdade de Direito da Universidade Nova e a Associação Brasileira de Direito Processual (AbdPro), proferi, em 2018, a conferência intitulada “Cooperação: Novidade ou Biombo do Aumento dos Poderes do Juiz?”, mais tarde, publicada, na revista *o Direito*¹. Posteriormente, tive oportunidade de rever o tema, a propósito das aulas de Direito Processual Civil dos cursos de Licenciatura e de Mestrado e em virtude de importantes efemérides, designadamente a comemoração dos 30 anos de parceria estratégica entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Universidade Eduardo Mondlane, de Maputo². Mais tarde, voltei ao tema, em virtude de um honroso desafio do Professor José Eduardo Fonseca e Costa, da ABDPro, e agora, a ele retomo, por causa

* Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Vide nosso “Cooperação: Novidade ou Biombo do Aumento dos Poderes do Juiz?” In *O Direito*, Ano 151, 2019, pp. 55 e segs.

² Vide nosso “O Activismo Judicial e o Processo Civil” in *Estudos Comemorativos dos 30 Anos de Cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, Lisboa, 2021, pp. 619 e segs..

da Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a dirigida a mais uma alteração do Código de Processo Civil (CPC), desde a reforma de 2013.

Aquando dos modismos inconsequentes, e dos slogans entusiásticos, a propósito daquela alteração, procurámos desmistificar a ideia, algo recorrente, que estaríamos defronte de um novo CPC. Julgamos ter demonstrado, em suma, tratar-se da enésima reforma do CPC de 1939. Tanto mais que o suposto Código de 1961, mais não era, também ele, do que um aperfeiçoamento do CPC originário³. Ao invés do que sucedia, no Brasil, onde o respectivo Projecto assentava numa novel estrutura conducente a revogar, na totalidade, o anterior Código Buzaid de 1973⁴, em Portugal, houve uma intensa mistificação em redor de um “novo” CPC. Cujas falsidade era demonstrável, muito rapidamente. De facto, além de acertos de índole gramatical, de uma reorganização sistemática, havia uma extensa lista de preceitos idênticos ou muitíssimo semelhantes que tinham sobrevivido de uma extensa e nem sempre conseguida renumeração⁵. A par de singelas novidades, encaradas com algum comedimento e uma certa reserva⁶, por contraste perante derivas entusiásticas e algo tonitruantes, por parte de outros sectores da doutrina. Recordemos, a esse propósito, o infeliz slogan “Morra Alberto dos Reis”

Com a entrega da entrega da supra-citada Proposta de Lei, em Maio de 2021, a correspondente apreciação em Plenário e a baixa à 1.^a Comissão, se as circunstâncias decorrentes da dissolução parlamentar implicaram a caducidade daquela iniciativa, será provável que ressurja, a breve trecho, atendendo ao reforço da maioria parlamentar e à entrada em funções do Governo, muito semelhante ao anterior, liderado pelo mesmo Primeiro Ministro. Isso motiva, por nossa parte e desde já, não uma apreciação generalizada, que ficará para momento ulterior se tal hipótese se confirmar, mas uma apreciação limitada à cooperação processual e às suas directrizes que, de algum modo, parecem ameaçadas, por uma iniciativa governamental que, a concretizar-se, enquanto alteração ao CPC, representará a décima modificação daquele texto legal, desde 2013.

³ Vide nosso “Questões Relativas à Reforma do Código de Processo Civil” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra, 2013, pp. 932 e segs.

⁴ Cf. LUIZ FUX, “O Novo Processo Civil” in *O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa*, Rio de Janeiro, 2011, pp 4 e segs.

⁵ Vide nosso “Desígnios do “novo” Código de Processo Civil” in *O Direito*, n.º 145, 2013, pp. 803 e segs.

⁶ Vide nosso “Temas de Prova: A Pedra Angular do “Novo” CPC?” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Coimbra, 2016, pp. 565 e segs.

Apesar de a Proposta de Lei referir que consistiria, caso fosse aprovada, na oitava alteração ao CPC após as alterações introduzidas em 2013, é, de facto, a décima. Na verdade, a oitava foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 97/2019 de 26 de Julho, regime de tramitação electrónica dos processos judiciais, e a nona pela Lei n.º 117/2019 de 13 de Setembro, relativa ao processo executivo e processo de inventário. Assim, além de a expectável estabilidade legislativa, num importante articulado como o CPC, ser uma miragem, mesmo após a alteração de 2013, dado estarmos perante um frenesim modificativo, com uma média superior a uma alteração por ano, se a aludida Proposta for aprovada, ela será um autêntico retrocesso, uma significativa marcha atrás, relativamente ao admirável “mundo novo” de 2013. Aliás, o parecer da Ordem dos Advogados até qualifica a Proposta de Lei, como “contra-reforma do Código de Processo Civil de 2013”

Porque o princípio da cooperação continua na ordem do dia, recordando, não apenas as entusiásticas reflexões doutrinárias e, naturalmente, as críticas e os reparos que tem defrontado, sucede que a Proposta não o deixa incólume. Tal factualidade motiva uma apreciação, um novo olhar, acerca de uma problemática, muito rica, e, naturalmente, desafiadora. Por conseguinte, defronte de um entusiasmo assinalável, conducente à identificação de um novo modelo processual, encontramos desconforto e profunda decepção, em face dos resultados obtidos que, afinal, não minimizam constrangimentos processuais como, naturalmente, a morosidade da acção declarativa cível.

Portanto, faz inteiro sentido retomar o tópico da cooperação processual, atendendo no período temporal, após a reforma de 2013 e, sobretudo, no conteúdo da Proposta. Este circunstancialismo confere serenidade e distanciamento a um assunto que sempre motivou paixões e animosidades, por parte de defensores e detractores, respectivamente. Importa, por isso, ao parafrasear Yourcenar, entendendo a sua incontornável obra, “O Tempo, esse Grande Escultor”, visitar o assunto, com uma outra sedimentação reflexiva. No intuito de compreender a utilidade, o alcance mas, de igual sorte, os limites. Mesmo, até alguma decepção, motivada pelo princípio da cooperação e respectivos postulados, no seio da actual acção declarativa cível.

2. Cooperação, princípio fundamental?

Apesar de a cooperação ter sido introduzida no CPC, em 1939, na versão originária, partiremos da reforma de 2013, cujo articulado não representou, como sempre alegámos, um novo Código. Antes uma renumeração, pontuada por reformas pontuais e algo precipitadas, cujo alcance nem sempre compreen-

dido pela doutrina e pela jurisprudência. Designadamente, a gestão processual⁷, os temas de prova⁸ e a aludida comunidade de trabalho, supostamente resultante de uma outra leitura, de outro alcance do princípio da cooperação.

Após reafirmar o embuste da “novidade” do CPC de 2013, importa notar a inserção do Título “Das Disposições e dos Princípios Fundamentais”, no Livro I do CPC. Antes disso, tínhamos, apenas, o seguinte: “Das Disposições Fundamentais”. No entanto, esta alteração, nominativa ou formal, suscita dúvidas fundadas quanto à efectiva existência de princípios fundamentais, reconduzidos ao estrito âmbito do Título I do Livro I. Ou seja, um escasso conjunto de preceitos, compreendido entre os artigos 1.º e 9.º A do CPC.

A dúvida avulta porque, a par dessa referência, de índole formal, existem outros preceitos que contém princípios, naturalmente estruturantes, além daquele inicial conjunto de preceitos. Designadamente, os princípios do inquisitório (artigo 411.º CPC) e da adequação formal (artigo 547.º CPC). Logo, em face deste circunstancialismo, não despiciendo, coloca-se a legítima questão de saber se existem princípios processuais fundamentais? E se, a existirem, poderemos encontrar alguns princípios, noutras partes do CPC, distintas do Título I? Ou seja, para além do círculo exíguo, eminentemente introdutório e principiológico, do conjunto de artigos iniciais? Compreendido entre os artigos 1.º e 9.º-A?

Acerca do assunto, Correia de Mendonça distingue as três seguintes categorias: os princípios historicamente determinados, os princípios baseados na Constituição e os princípios de política legislativa⁹. Em conformidade, na primeira categoria, insere os princípios *jura novit curia* e *nemo iudex in re sua*, na segunda, os princípios relativos a direitos fundamentais, como o direito de acesso aos tribunais ou o princípio da equidade¹⁰. Por fim, remete para a terceira categoria, enquanto produto das orientações de política legislativa, o princípio da cooperação¹¹.

⁷ A propósito da inserção do princípio da gestão processual, no artigo 6.º, ISABEL ALEXANDRE levanta fundadas dúvidas acerca da demarcação da aplicabilidade deste princípio, face ao princípio da adequação formal, previsto no artigo 547.º do mesmo Código. Cf. “O Dever de Gestão Processual do Juiz na Proposta de Lei Relativa ao Novo Código de Processo Civil” in *O Novo Processo Civil*, CEJ, Lisboa, 2013, pp. 85 e segs. De outro modo, pondo em causa a adequação formal enquanto princípio processual, CORREIA DE MENDONÇA, “A Adequação Formal: O Fim de um Princípio” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 81, 2021, pp. 226 e seg.

⁸ Vide nosso “Temas de Prova...” in op. cit., pp. 565 e segs.

⁹ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, “A Cooperação Processual Civil Entre um Novo Modelo e a Sombra do Inquisitório” in *O Direito*, Ano 151, n.º 1, 2019, p. 11.

¹⁰ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, “A Cooperação...” in op. cit., pp. 11-2.

¹¹ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, “A Cooperação...” in op. cit., p. 12.

Por seu turno, Teixeira de Sousa distingue entre princípios estruturantes e princípios instrumentais¹². Nesta perspectiva, enquanto os princípios estruturantes seriam conaturais e indispensáveis ao processo, os princípios instrumentais, ao conviverem com várias graduações, consoante as circunstâncias, procurariam a optimização dos resultados do processo¹³. Deste modo, se a igualdade das partes, o contraditório ou a legalidade da decisão se afirmam enquanto princípios estruturantes, o impulso processual e a cooperação seriam princípios instrumentais¹⁴. Ademais, se, recentemente, voltou a aludir ao conjunto dos princípios processuais, enquanto modelo programático¹⁵, não estabeleceu diferente hierarquia ou classificação. Queremos acreditar, em suma, que não pretendeu alterar ou rectificar a classificação anterior, pois a última obra teve por intuito principal promover uma actualização nas *Lições* do Professor Castro Mendes.

Lebre de Freitas, após explicar a variabilidade dos princípios processuais¹⁶, distingue os que possuem dignidade constitucional, como o direito de acesso aos tribunais, e aqueles que se encontram consagrados na lei ordinária, caso dos princípios do inquisitório ou da cooperação¹⁷. Por seu turno, Ferreira de Almeida enumera, no Manual, uma extensa lista de princípios fundamentais, repartidos pelas seguintes sub- categorias: princípios relativos ao impulsionamento e dinâmica da instância; princípios relativos à apreciação da prova e princípios relativos à conduta processual das partes e demais intervenientes processuais¹⁸.

A nosso ver, além de considerarmos que as alterações introduzidas, no CPC, sequer representam uma reforma de grande fôlego, muito menos um “novo” Código, diversos preceitos só sugerem novidade, de modo aparente. De facto, são uma directa consequência de uma apressada e algo atabalhoada renumeração. Aliás, isso sucedeu no próprio princípio da cooperação. De facto, o actual artigo 7.º decalca o antigo artigo 266.º CPC. Ou seja, o artigo 7.º reproduz, na íntegra e *ipsis verbis*, o conteúdo do anterior artigo 266.º, representando, não apenas um exemplo da actividade renumerativa, por nós, atempadamente,

¹² Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, 2.ª ed., Lisboa, 2000, pp. 51 e segs.

¹³ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...* op. cit., pp. 51 e segs.

¹⁴ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução...* op. cit., pp. 52 e segs.

¹⁵ Cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, Miguel Teixeira de Sousa, *Manual de Processo Civil*, Vol. I, Lisboa, 2022, pp. 80 e segs.

¹⁶ Cf. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 4.ª ed., Coimbra, 2017, pp. 95-6.

¹⁷ Cf. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução...* op. cit., pp. 98 e segs.

¹⁸ Cf. FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Processual Civil*, Vol. I, 3.ª ed., Coimbra, 2019, pp. 81 e segs.

denunciada¹⁹, como o paradigma da singela “novidade”, ou, melhor, da mistificação em que se tornou, com muito poucas excepções, a reforma do CPC de 2013.

Não existe, portanto, uma base credível, dirigida a alcandorar o princípio da cooperação enquanto princípio estruturante ou fundamental do direito processual civil português. Em suma, não basta gizar uma classificação, nominalista e formal, num determinado título do CPC, ainda que introdutório, para que tal opinião se consolide. A classificação ao surgir, *ab initio*, pode impressionar incautos. Não mais do que isso. Porém, encontramos outros princípios, muito mais estruturantes, como o princípio do inquisitório, fora daquele exíguo círculo inicial. Ademais, a doutrina nem lhe atribui grande relevo, remetendo-o para uma categoria secundária, atinente aos princípios de política legislativa ou princípios instrumentais. Logo, a colocação inicial ou posterior, no articulado do CPC, é irrelevante. Talvez singela e directa consequência da aludida actividade renumerativa. Temos, assim, uma mudança terminológica, acompanhada de uma alteração numérica e sistemática do princípio da cooperação, do artigo 266.º, para o artigo 7.º, com um conteúdo idêntico. Em suma, não deve ser entendida enquanto alteração substantiva, mas algo meramente nominal, consequência directa da ciclópica e atabalhoada actividade renumerativa de uma suposta transfiguração do “novo” CPC.

3. Directrizes da cooperação

Após um enquadramento do verdadeiro sentido do princípio da cooperação, interessa reflectir, com cuidado, acerca do conteúdo do preceito que consagra aquele princípio, o artigo 7.º CPC. Assim, o n.º 1 estipula o dever de os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperarem entre si, de modo a obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. Logo, o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os, de acordo com o preceituado no n.º 2, a fornecer esclarecimentos pertinentes sobre matéria de facto ou de direito, dando conhecimento à outra parte do resultado da diligência. Ademais, sempre que alguma das partes alegue, de modo justificado, dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou

¹⁹ Tivemos oportunidade de o demonstrar, numa conferência luso-brasileira, promovida pelo Instituto de Direito Brasileiro e a Escola de Magistratura do Estado do Paraná, em 2013. *Vide* nosso “Desígnios do “Novo” Código...” in op. cit., pp. 297 e segs.

o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção desse obstáculo²⁰.

Por seu turno, o n.º 3 do artigo 7.º CPC determina que as partes, seus representantes ou mandatários, são obrigadas a comparecer, sempre que notificadas, e a prestar esclarecimentos, ressalvando a exceção do n.º 3 do artigo 417.º CPC. Em boa verdade, este preceito, também ele reprodução integral do pretérito artigo 519.º, respeita ao dever de prestar colaboração para a descoberta da verdade. Naqueles termos, importa responder ao que for perguntado, submetendo-se a inspecções, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. No entanto, o n.º 3, legitima a recusa se a obediência, a determinada ordem, implicar a violação da integridade física ou moral das pessoas; a intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações e a violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos. E, assim, temos dois limites que implicam o respeito pelos direitos fundamentais, consagrados na Constituição e pelo dever de sigilo, designadamente o segredo profissional²¹.

4. Concretizações da cooperação

Defronte de tais directrizes, interessa reflectir acerca do respectivo fundamento, bem como as diversas concretizações cooperativas. Neste sentido, Lebre de Freitas distingue dois níveis, as duas perspectivas seguintes: uma cooperação de sentido material e uma cooperação de sentido formal. Nestes termos, o n.º 4 do artigo 7.º CPC e o artigo 151.º CPC diriam respeito à cooperação em sentido formal²². Sobretudo, se alguma das partes alegar dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou cumprimento do dever processual, o n.º 4 do artigo 7.º permite que o juiz providencie pela remoção do obstáculo. Quanto à cooperação em sentido material, teríamos os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo 7.º, bem como o artigo 417.º CPC²³. Em conformidade, o n.º 2 do artigo 7.º consagra o poder de, em qualquer estado do processo, o juiz ouvir as partes, seus representantes ou mandatários, pedindo-lhes esclarecimentos sobre a matéria de facto e de direito. Aliás,

²⁰ Cf. n.º 4 do artigo 7.º CPC.

²¹ Cf. LEBRE DE FREITAS, ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol II, 3.ª ed., pp. 223 e segs.

²² Cf. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código*, 4.ª ed., Coimbra, 2017, pp. 191 e segs.

²³ Cf. LEBRE DE FREITAS, *Introdução...* op. cit., pp. 188 e segs.

se o momento mais adequado para o pedido e prestação destes esclarecimentos é a audiência prévia²⁴, não será menos verdade que o n.º 2 do artigo 7.º admite a possibilidade de a prestação de esclarecimentos ter lugar fora da audiência prévia. Além disso, cabe às partes o dever de colaborar. Ou seja, elas são obrigadas a comparecer, sempre que notificadas, prestando os esclarecimentos solicitados, tendo em conta os limites indicados no n.º 3 do artigo 417 CPC.º.

Diversamente, segundo Miguel Teixeira de Sousa, a directriz da cooperação possui outro alcance. Aí resultam quatro deveres essenciais: o dever de esclarecimento, o dever de auxílio, o dever de consulta e o dever de prevenção²⁵. Por conseguinte, se o dever de esclarecimento respeita ao afastamento de dúvidas, por parte do tribunal, de acordo com o preceituado no n.º 2 do artigo 7.º e o dever de auxílio, uma remoção do obstáculo, conforme n.º 4 do artigo 7.º, sobressaem os outros deveres, o da consulta e o da prevenção. Com efeito, faria algum sentido esta unidade, pois tanto o dever de consulta como o de prevenção representam encargos do tribunal, perante as partes, com uma estrita finalidade, de cariz eminentemente assistencial²⁶.

O dever de prevenção ocorre nas situações em que o êxito da acção pode ser frustrado pelo uso inadequado do processo. Destarte, o juiz exerce um poder vinculado, no sentido de convidar as partes ao aperfeiçoamento dos articulados, como sucede no artigo 590.º n.º 2 CPC. O autor sustenta, no entanto, que o dever de prevenção deve possuir um âmbito mais amplo, valendo para as situações em que o êxito da acção, a favor de qualquer das partes, venha a ser frustrado pelo uso inadequado do processo²⁷. Até sugere quatro áreas em que o dever de prevenção se justifica: a explicitação de pedidos pouco claros, o carácter lacunar da exposição dos factos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma actuação. Algo que, na revisão de 2013, surge, inegavelmente, reforçado²⁸. Aliás, afigura-se paradigmático o teor do n.º 4 artigo 590.º CPC, relativamente à insuficiência, imprecisão ou concretização da matéria de facto alegada, por contraste com os termos do n.º 3 do artigo 508.º, na pretérita versão do CPC.

Relativamente ao dever de consulta, o tribunal não pode decidir uma questão de direito ou de facto, mesmo de conhecimento officioso, sem que as partes tenham a possibilidade de pronunciar-se sobre ela. O comando respec-

²⁴ Cf. LEBRE DE FREITAS, *Introdução...* op. cit., p. 190.

²⁵ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa, 1996, pp. 63 e segs.

²⁶ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Omissão do Dever de Cooperação do Tribunal: que Consequências”, in www.academia.edu, 2015, p. 4.

²⁷ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Omissão do Dever...” in op. cit., p. 5

²⁸ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Omissão do Dever...” in op. cit. p. 5

tivo decorre do número 3 do artigo 3.º CPC, no intuito de evitar as decisões surpresa²⁹. Em conformidade, tal proibição revela interesse para as questões de direito material ou de direito processual de que o tribunal pode conhecer oficiosamente. Logo, se nenhuma parte tiver suscitado determinada questão, deve o juiz basear a decisão, mediante o conhecimento do respectivo mérito da causa, convidar ambas as partes, a sobre elas tomarem posição, a menos que haja manifesta desnecessidade.

5. Das concretizações, à inexistência de cláusula geral

Em face da inserção do princípio da cooperação, bem como o estudo do respectivo conteúdo, encontramos duas directrizes divergentes. Ainda que detectemos, em ambas, defensores entusiastas do vector principiológico da cooperação. Assim, numa perspectiva, o entendimento de que o princípio da cooperação terá de ser concretizado, através da estatuição de regras jurídicas específicas. Por exemplo, a evidente aplicabilidade dos artigos 417.º e 590.º CPC. Ou seja, o princípio da cooperação não era passível de aplicação imediata. Segundo Paula Costa e Silva, o conteúdo do princípio da cooperação seria aquele que resulta da justaposição dos deveres³⁰, manifestados na lei, designadamente no CPC. Logo, um tribunal nunca poderia adoptar uma determinada conduta interventiva, apenas justificada pela justa composição do litígio³¹. Parece ainda ser esse o entendimento de Miguel Teixeira de Sousa quando, em anotação a um acórdão do STJ, explicita o dever de convidar a aperfeiçoar os articulados estribado em determinados preceitos do CPC³², para além da directiva principiológica da cooperação. Mesmo o de Miguel Resende, ao densificar aquele princípio, através da interpretação cuidada de diversos preceitos consagrados no CPC³³.

De modo diverso, Fredie Didier, entusiasmado com o estudo do princípio da cooperação, resolveu atribuir-lhe maior relevo, um outro protagonismo. Em sua opinião, após os modelos adversarial e inquisitorial, estaríamos defronte de

²⁹ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Omissão do Dever...” in op. cit, p. 8.

³⁰ Cf. PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, Coimbra, 2003, p. 591.

³¹ Cf. PAULA COSTA E SILVA, *Acto...* op. cit., pp. 591-2.

³² Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Limites da Cooperação do Tribunal, Noção de Nulidade Processual” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 17, 2007, pp. 50-1.

³³ Cf. MIGUEL RESENDE, “O Princípio da Cooperação no Novo Processo Civil” in *Balanço do Novo Processo Civi*, CEJ, 2016, p. 22.

um novo modelo, o modelo cooperativo³⁴. Procura, assim, justificar a alegação de que o princípio da cooperação seria uma verdadeira cláusula geral³⁵. Não só o entendimento contrário empobreceria a cooperação, como o princípio seria dotado de uma eficácia directa³⁶. Consequentemente, a eficácia e a aplicabilidade da cooperação não dependeriam da intermediação de outras regras jurídicas dispersas pela legislação aplicável. No entanto, de modo algo contraditório, Didier reconhece a existência de algumas regras destinadas à concretização do princípio da cooperação, que as qualifica enquanto sub-princípios, designadamente a boa fé processual³⁷.

Do nosso lado, se, em momento anterior, havíamos enfatizado uma viva discordância quanto à ideia de eleger uma cláusula geral, demonstrando, em conformidade, que o próprio Didier havia sentido a necessidade de se apoiar noutras regras ou princípios, por si denominados como sub-princípios³⁸, interessa acrescentar que este princípio, o da cooperação, nem sequer pode ser configurado enquanto trave mestra de um suposto modelo. O modelo cooperativo. Com efeito, ao reflectirmos acerca da evolução legislativa, não conseguimos vislumbrar esse suposto modelo e, por outro lado, a cooperação nunca conseguiu consolidar-se enquanto princípio absoluto, estruturante, sequer fundamental, do processo civil.

A ideia de um terceiro modelo, a substituir os anteriores, o adversarial e o inquisitório, não passa de um desejo, de uma construção teórica, sem o mínimo apoio nos sistemas jurídico-processuais vigentes. A alegada substituição, ainda que sincopada, nunca ocorreu. O movimento de publicização processual não procurou substituir um modelo dominado pelo princípio do dispositivo, através da primazia, total e absoluta, do modelo inquisitorial, de um verdadeiro modelo inquisitório puro³⁹. Nunca observámos essa substituição. Houve, quanto muito, um acréscimo de poderes inquisitoriais, caldeado pelas indissociáveis exigências dos princípios do dispositivo e do contraditório⁴⁰. Sugerindo, não a prevalência de um modelo, em detrimento de outro, mas, quanto muito,

³⁴ Cf. FREDIE DIDIER, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra, 2010, pp. 46 e segs.

³⁵ Cf. FREDIE DIDIER, *Fundamentos...* op. cit., pp. 70 e segs.

³⁶ Cf. FREDIE DIDIER, *Fundamentos...* op. cit., pp. 41 e segs.

³⁷ Cf. FREDIE DIDIER, *Fundamentos...* op. cit., p. 79.

³⁸ Vide nosso “Cooperação: Novidade...” in op. cit., p. 60.

³⁹ Neste sentido, EDUARDO GRASSO, “La Collaborazione nel Processo Civile” in *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, pp. 584 e segs.

⁴⁰ Cf. LUIGI COMOGLIO, *Riforme Processualie Poteri del Giudice*, Turim, 1996, pp. 41 e segs.

uma solução de compromisso⁴¹, entre duas tendências conflitantes. Logo, se não estamos, nem nunca estivemos, defronte de um modelo inquisitorial, muito menos estaremos no âmbito de um terceiro modelo, um suposto modelo cooperativo, idealizado por autores mais entusiastas que, em boa verdade, acabam por descurar o direito positivo.

A cooperação não é um princípio absoluto ou identitário. Antes conflitua ou se equilibra, numa certa tensão, com outros princípios processuais estruturantes. Alguns deles, ainda mais decisivos ou importantes. Assim, segundo Miguel Resende, o conflito seria evidente com os princípios da adequação formal, da preclusão e da auto-responsabilidade das partes⁴². Ademais, nas palavras de Silva Pereira, estaria em causa o princípio *nemo tenetur*, nos termos do qual a parte não pode produzir prova contra si mesma⁴³. Logo, o direito à prova de que as partes são titulares não gera, na esfera do juiz, um dever jurídico de ordenar a colaboração de uma parte, sempre que isso for requerido pela parte contrária⁴⁴. Seria, quanto muito, um dever, perante o tribunal, pois ninguém poderia ser obrigado a fornecer ao adversário armas para o auxiliar nas suas pretensões⁴⁵. Em conformidade, os vínculos de assinalável complexidade, entre os diversos sujeitos processuais, orientados por princípios com ínsita e natural contrariedade entre si, não permitem vislumbrar qualquer directriz enformadora, atinente a uma postura obrigatoriamente colaborativa entre as partes.

6. Comunidade de trabalho: entre o slogan e a decepção

A comunidade de trabalho, *Arbeitsgemeinschaft* na língua alemã, tem sido elogiada, mesmo alcandorada em trave mestra do processo. Sobretudo, pelos entusiastas de uma instrução participada ou participativa ou até do supra-mencionado modelo cooperativo. Mais do que uma responsabilidade processual das partes e um reforço dos poderes do juiz, na busca da verdade, teríamos os diversos sujeitos processuais envolvidos, numa comunidade, no intuito de alcançar um objectivo social comum⁴⁶. Ou, de um outro modo, ainda mais entusiástico,

⁴¹ Acerca da solução de compromisso, JUAN MONTERO AROCA, *La Prueba en el Proceso Civil*, 6.ª ed., Madrid, 2011, pp. 533 e segs.

⁴² Cf. MIGUEL RESENDE, “O Princípio...” in op. cit., pp. 24 e segs.

⁴³ Cf. FERNANDO SILVA PEREIRA, *A Responsabilidade Probatória das Partes no Atual Modelo Processual*, Coimbra, 2019, p. 138.

⁴⁴ Cf. FERNANDO SILVA PEREIRA, *A Responsabilidade...* op. cit., pp. 154-5.

⁴⁵ Cf. FERNANDO SILVA PEREIRA, *A Responsabilidade...* op. cit., pp. 155-6.

⁴⁶ Cf. RUDOLF WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, Darmstadt, 1978, pp. 109 e segs.

como defende certa doutrina brasileira, no intuito de reforçar a própria comunidade de trabalho, numa perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando o protagonismo de qualquer sujeito processual⁴⁷.

Porém, esta construção enfrentou críticas severas que nunca conseguiu dirimir. Em boa verdade, como alegou Jauernig, a cooperação renuncia ao primado da auto-responsabilização das partes e vincula o tribunal, de modo inaceitável, ao comportamento das partes⁴⁸. Ademais, Jauernig não só critica o termo *comunidade de trabalho*, como preconiza o correlativo afastamento, porquanto o termo é insípido e enganador⁴⁹. Pois, a suposta harmonia de interesses seria característica de um sistema semelhante ao da RDA, não comparável com a actual ordem jurídica germânica, fundada num reconhecimento de interesses antagónicos⁵⁰. Aliás, isso degradaria de tal modo o papel do juiz que o poderia converter num mero instrumento, num objecto de jogo entre as partes⁵¹.

Outro sector da doutrina brasileira também assume uma postura bastante crítica do princípio da cooperação e da comunidade de trabalho. Assim, após evidenciar os exageros da teoria oposta, sobretudo ao advogar a quebra de deveres de sigilo ou de confidencialidade, encara com extrema reserva os supostos ditames da comunidade de trabalho, designadamente a obrigação de as partes cooperarem entre si, contra sua expressa vontade⁵². Mais tarde, o mesmo naipe de autores alega que as directrizes cooperativas do juiz poderiam representar um verdadeiro drama, colocado às partes, bem como o sacrifício dos seus interesses, em nome da suposta resolução da crise do sistema de justiça⁵³. Além disso, atentando no reforço de poderes do juiz, entendem a cooperação e a tal comunidade como paradigmas de um modelo pós-liberalista ou pós-socia-

⁴⁷ Cf. DIERLE COELHO NUNES, *Processo Jurisdicional Democrático*, Curitiba, 2008, pp. 214-5.

⁴⁸ Nessa sequência, OTHMAR JAUERNIG sustenta que o princípio da cooperação poderia colocar o tribunal numa posição anómala, degradante e de duvidosa constitucionalidade. Cf. *Zivilprozessrecht*, 25.ª ed., Munique, 1998, trad. portuguesa, p. 149.

⁴⁹ Segundo OTHMAR JAUERNIG, seria insípido se significar, apenas, que os interessados, no processo, não se encontram desligados uns dos outros. Enganador, se sugerir que entre os interesses do público, representados pelo tribunal, do autor e do réu não existam antagonismos de qualquer espécie. Cf. *Zivilprozessrecht*...op. cit, p. 149.

⁵⁰ Cf. OTHMAR JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*...op. cit, p. 149.

⁵¹ Cf. BURKHARD HESS, OTHMAR JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 30.ª ed., Munique, 2011, pp. 175-6.

⁵² Cf. LENIO STRECK, LÚCIO DELFINO, RAFAEL BARBA e ZIEL LOPES, “A Cooperação Processual do Novo CPC é incompatível com a Constituição” in *Consultor Jurídico*, n.º 3, 2014, p. 3.

⁵³ Cf. LENIO STRECK, LÚCIO DELFINO, RAFAEL BARBA e ZIEL LOPES, “O “Bom Litigante”: Risco da Moralização do Processo pelo Dever de Cooperação do Novo CPC” in *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 23, n.º 90, 2015, pp. 351 e segs.

lista⁵⁴, em contraste nítido defronte dos postulados do modelo garantista, onde avulta a garantia de imparcialidade⁵⁵.

Entre nós, Correia de Mendonça alerta para a ausência de um espírito filantrópico destinado a envolver as partes, no âmbito da relação processual civil. Na sua leitura, caso a parte ou o seu advogado venham a ser obrigados a cooperar, estará em causa a violação do direito de acesso à justiça e da própria imparcialidade do julgador⁵⁶. Por seu turno, Silva Pereira, depois de anuir a uma crescente publicização do processo civil, alerta, a propósito dos ditames da comunidade de trabalho, no sentido de uma maior conformação da tramitação processual para riscos de discricionariedade e de arbitrariedade judicial⁵⁷. Mais tarde, embora admita sedução mistificadora da fórmula cooperativa, recusa, não apenas a ideia de modelo cooperativo, como a de uma comunidade de trabalho, atendendo ao relevo incontornável do método estruturado pelos importantes princípios da preclusão e do contraditório⁵⁸. Por nossa parte, depois de alertarmos no sentido de que a cooperação pode assumir a função de biombo do aumento dos poderes do juiz⁵⁹, defendemos que a enigmática comunidade de trabalho, poderia significar, afinal, a decadência da cooperação⁶⁰ e, de algum modo, contribuir para desvirtuar a natureza da ação processual cível⁶¹.

Acrescentamos agora que a expressão *comunidade de trabalho* arrisca-se a nem valer como *leit-motiv* ou entusiasmante slogan, atendendo à necessidade de eliminar da terminologia processual. Ela ilustra, quanto muito, o refluxo, a decepção de um modismo, em nítido e acentuado declínio. Sobretudo, após ter sido reconhecido que a cooperação se enquadra numa categoria secundária de princípios processuais ou enfrenta limites severos emanados de outros princípios conflitantes, v.g., o acesso ao direito ou a auto-responsabilidade das partes. Mesmo a relevância incontornável de importantes regras jurídicas, restritivas ou excepcionais, como, por exemplo, o n.º 3 do artigo 437.º CPC. Além de fundadas reservas com que o garantismo, enquanto relevante corrente doutrinária tem encarado, não apenas o alargamento da inquisitorialidade mas,

⁵⁴ Cf. LENIO STRECK, LÚCIO DELFINO, RAFAEL BARBA e ZIEL LOPES, “O “Bom Litigante...” op. cit., p. 349.

⁵⁵ Sobre o assunto, EDUARDO FONSECA COSTA, *Processo e Garantia*, Vol. I, Londrina, 2021, pp. 93 e segs.

⁵⁶ Cf. LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, “A Cooperação...” in op. cit., pp. 38 e segs.

⁵⁷ Cf. FERNANDO SILVA PEREIRA, “Princípio da Cooperação e Dever Jurídico de Colaboração Probatória: Uma Análise à Luz do Novo Código de Processo Civil” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano X, 2013, pp. 127 e segs.

⁵⁸ Cf. FERNANDO SILVA PEREIRA, *A Responsabilidade...* op. cit., pp. 468 e segs.

⁵⁹ Vide nosso estudo, “Cooperação...” in op. cit., pp. 55 e segs.

⁶⁰ Vide nosso estudo, “Cooperação...” in op. cit., p. 62.

⁶¹ Vide nosso estudo *Questões Actuais de Direito Probatório*, Lisboa, 2020, p. 142.

sobretudo, o da própria cooperação. Aliás, acerca deste tópico, recordemos a alegação de Aroca quando, por causa deste assunto, defendeu que a ideia da função social do processo, oriunda do posicionamento de Klein, teria sido responsável pela restrição dos poderes das partes, em prol do aumento, deveras injustificado, de poderes do juiz⁶².

7. Alterações mais relevantes da Proposta de Lei

Em face do panorama de instabilidade legislativa, no que concerne ao CPC, recebemos, sem surpresa, a décima alteração⁶³, desde 2013. Segundo supomos, dada a concordância do principal partido da oposição, a Proposta só não foi aprovada, em virtude da dissolução parlamentar e consequente caducidade da iniciativa legislativa. Logo, será expectável que, a breve trecho dada a recomposição parlamentar emergente das recentes eleições, ela ressurgja, na sua essencialidade.

Deste modo, sem prejuízo de ulterior análise aprofundada, quando a proposta ressurgir, pretendemos, nesta oportunidade, salientar os reflexos que as alterações insertas na proposta, entretanto caducada, provocariam no princípio da cooperação e nas respetivas concretizações. Ora, do respectivo articulado sobressai uma nova redacção do artigo 584.º, no sentido de alargar o âmbito da réplica, de modo a permitir ao autor alterar ou ampliar o pedido e responder às excepções do réu, apresentadas na contestação. E, além disso, avulta o alargamento da dispensa de audiência prévia. Em conformidade, de acordo com a proposta de alteração do n.º 1 do artigo 594.º, nas acções que hajam de prosseguir, o juiz pode dispensar a realização da audiência prévia quando esta se destine ao fim indicado na alínea b) do n.º 1 do artigo 591.º, desde que assegurado o contraditório prévio das partes e os fins indicados nas alíneas d) a g) do n.º 1 do artigo 591.º CPC.

Interessa referir, desde já, que o parecer da Ordem dos Advogados considera, de um modo geral, a Proposta de Lei supra-citada, a verdadeira contra reforma⁶⁴, face à pretérita alteração de 2013. O suposto “novo” CPC de 2013. Em boa verdade, no que respeita às alterações dos dois preceitos, acima indicados, parece-nos certa e muitíssimo justa a alegação indicada. De facto,

⁶² Cf. JUAN MONTERO AROCA, “El Derecho Procesal Civil en el Siglo XX” In *De Processo: Studi in Memoria di Alessandro Giuliani*, Nápoles, 2001, pp. 497 e segs.

⁶³ Cf. Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.ª de 6 de Maio de 2021.

⁶⁴ Cf. Parecer da Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados (CLOA) de 28 de Maio de 2021, p. 6.

a supressão da tréplica e a quase obrigatoriedade da audiência prévia haviam sido alguns dos baluartes da reforma do CPC, em 2013, em nome do suposto reforço da celeridade da acção declarativa cível e dos ditames, justamente, da cooperação processual. Aliás, a réplica deixou de servir para o autor responder a qualquer excepção dilatatória ou peremptória apresentada pelo réu, na contestação, assim como alterar ou ampliar o pedido ou a causa de pedir. E a audiência prévia surgiu reforçada quanto à sua obrigatoriedade, porquanto só não se realizaria em casos muito excepcionais. Designadamente nas acções não contestadas que tenham prosseguido, em regime de revelia inoperante, ou nas acções em que haja procedência de excepção dilatatória.

Devemos recordar que a exposição de motivos que acompanhou a Proposta de Lei, atinente à reforma de 2013, declarava corresponder a um “novo figurino de audiência prévia, assente na oralidade e na concentração dos debates, pressupondo a intervenção activa de todos os intervenientes na lide, com vista a obter uma delimitação daquilo que é verdadeiramente essencial para a sua plena compreensão e resolução”. Mais à frente, dizia haver um “investimento, na audiência prévia, entendida como meio essencial para operar o princípio da cooperação, do contraditório e da oralidade”. E até que “a audiência preliminar, instituída em 1995/1996, ficou aquém do que era esperado, mas também há convicção de que, além da inusitada resistência de muitos profissionais forenses, certos aspectos da regulamentação processual acabaram, eles próprios, por dificultar a efectiva implantação desta audiência no quotidiano forense”.

Ademais, três ilustres membros da comissão revisora escreveram, em termos encomiásticos, que a audiência prévia teria por desiderato concretizar aspectos estruturantes do processo civil, no sentido de promover “a aproximação entre as partes e estas e o tribunal, através de uma cultura de diálogo”⁶⁵. E assegurar “que a actuação dos sujeitos processuais seja dominada pela ideia de oralidade e da cooperação entre todos”⁶⁶. Por conseguinte, a “audiência prévia conteria virtualidades que a tornariam um palco privilegiado, onde, simultaneamente, *actuariam* todos os intervenientes processuais, numa verdadeira *comunidade de trabalho*, sendo tal audiência um dos expoentes máximos da oralidade e da cooperação que devem caracterizar o processo civil”⁶⁷. Até opinam acerca de uma suposta obrigatoriedade, promovendo uma curiosa e deveras imaginativa interpretação, em face do suposto confronto dos artigos 591.º, 592.º e 593.º CPC⁶⁸.

⁶⁵ Cf. JOÃO CORREIA, PAULO PIMENTA e SÉRGIO CASTANHEIRA, *Introdução ao Estudo e à Aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Cpombra, 2013, p. 73.

⁶⁶ Cf. JOÃO CORREIA, PAULO PIMENTA e SÉRGIO CASTANHEIRA, *Introdução...*op. cit., p. 73.

⁶⁷ Cf. JOÃO CORREIA, PAULO PIMENTA e SÉRGIO CASTANHEIRA, *Introdução...*op. cit., p. 73.

⁶⁸ Cf. JOÃO CORREIA, PAULO PIMENTA e SÉRGIO CASTANHEIRA, *Introdução...*op. cit., pp. 73-4.

Alem de, em momento anterior, terem elogiado a supressão da tréplica, a conseqüente redução da réplica a um articulado eventual e, sobretudo, a resposta a excepções, no âmbito da audiência prévia⁶⁹.

Porém, a alegada obrigatoriedade da audiência prévia, não é a opinião maioritária da doutrina. Porquanto, Lebre de Freitas e Isabel Alexandre até concluem, de modo bem diverso, que o poder discricionário do juiz terá sido fortalecido, na dispensa da audiência prévia, pois aquele poder não surge baliçado em conceitos indeterminados⁷⁰. A não obrigatoriedade também é secundada por Paulo Pimenta, ao enunciar diversas situações onde a audiência prévia não se realiza ou é dispensada⁷¹. Por outro lado, no tocante à resposta às excepções, na audiência prévia, em virtude da supressão da tréplica, afigura-se muitíssimo significativo o posicionamento discordante de Brandão Gomes, relativamente à actual restritividade da réplica, por contraste com uma prática reiterada, de grande parte dos juizes, no sentido de convidarem o autor a responder, por escrito, às excepções deduzidas na contestação, através de terceiro articulado, em vez de aguardar pela realização da audiência prévia⁷².

Em suma, o arrebatamento, tão entusiástico, quanto infundado, dos autores da reforma nunca se concretizou, como podemos notar aliás no articulado publicado em 2013. Além disso, a jurisprudência adoptou práticas defensivas, nada consentâneas com os intuitos proclamatórios desses autores. Sobretudo, quanto à supressão de articulados e à centralidade da audiência prévia, os juizes adoptaram uma estratégia no sentido de obviar os constrangimentos detectados, na aludida reforma do CPC, ao promoverem a resposta a excepções em articulado autónomo e a maior dispensabilidade da audiência prévia.

Se esse tem sido o actual status, interessa notar que o teor da Proposta de Lei, apreciada, na Assembleia da República, em 2021, vai muito para além disso. Ela não restringe apenas as derivas reformistas de 2013. Antes as altera, de modo a repor, em grande parte, o anterior regime jurídico. Isso significa, um nítido retrocesso de algumas alterações emblemáticas inseridas no CPC. Designadamente, no tocante à ampliação do conteúdo da réplica, à reintrodução da tréplica, bem como à menor centralidade da audiência prévia. Assim sendo,

⁶⁹ Cf. JOÃO CORREIA, PAULO PIMENTA e SÉRGIO CASTANHEIRA, *Introdução...* op. cit., pp. 67 e segs.

⁷⁰ Cf. LEBRE DE FREITAS, ISABEL ALEXANDRE, *Código...* op. cit., p. 650.

⁷¹ Cf. PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, Coimbra, 2015, pp. 289 e segs.

⁷² Nos termos da pesquisa efectuada por GUILHERME BRANDÃO GOMES, de um universo de 48 juizes a exercer funções em juízos centrais cíveis e juízos locais cíveis, 47 convidam o autor a responder às excepções por escrito, através de articulado. E, ao invés, apenas um magistrado afasta a possibilidade de contraditório escrito, admitindo, apenas, a resposta oral, nos termos do n.º 4 do artigo 3.º CPC. Cf. “Comentários Preliminares à Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.ª e a Algumas Modificações que Ela Pretende Introduzir na Acção Declarativa Comum” in *Julgar Online*, Dezembro, 2021, pp. 11-2.

compreendemos, por inteiro, a alegação de que a citada Proposta representa uma contra reforma, por contraste à reforma aprovada em 2013, sobretudo quando promove o alcance da oralidade e a efectividade das directrizes da cooperação processual⁷³.

Admitimos, no entanto, que esta apreciação sofre de alguma incompletude, em virtude de não se conhecer a *ratio*, os fundamentos, o trabalho de campo⁷⁴ subjacente à Proposta de Lei. Com efeito, a exposição de motivos apenas menciona a prática judicial e a uma surpreendente, e algo cómica, dificuldade de compreensão. Se o legislador alega dificuldade cognitiva, que dirá o interprete sem ter acesso aos trabalhos preparatórios ou, aos menos, às reflexões que estiveram na base de tal inquinada legislativa? Aliás, esta não divulgação dos trabalhos preparatórios, esta opacidade, tem sido recorrente nas últimas reformas processuais civis, com evidente prejuízo para a comunidade jurídica e, naturalmente, para o próprio Direito.

8. Conclusões

Lembramos, em sede conclusiva, que o princípio da cooperação nem é recente ou constitui qualquer novidade proclamatória do século XXI. Na verdade, o dever de cooperação já existia, na versão originária do Código de Processo Civil português, em 1939. Todavia, após as alterações de 2013, ganhou outros contornos e motivou elocubrações grandiloquentes acerca dos respectivos fundamentos e, sobretudo, quanto às directrizes colocadas ao dispor dos sujeitos processuais. Aliás, é nesta sequência que emerge a deriva do posicionamento da cooperação processual, enquanto princípio fundamental. Até a ideia de efeito directo, em virtude da ilusória e indemonstrada cláusula geral. Sem olvidar as referências encomiásticas e grandiloquentes acerca de uma comunidade de trabalho e, em última *ratio*, de um modelo cooperativo.

Por nossa parte, julgamos ter evidenciado um posicionamento diverso. Apoiado numa ideia secundária da cooperação, bem como a necessidade de concretizar todas e quaisquer das orientações derivadas do princípio coopera-

⁷³ Segundo a Comissão de Legislação da Ordem dos Advogados, a proposta mata a oralidade e a cooperação entre as partes. Cf. Parecer...op. cit., p. 6.

⁷⁴ Expressão empregue por JOÃO MARQUES MARTINS. O autor dá por adquirido que a pesquisa, o trabalho de campo não terá sido feito, considerando tal atitude deveras criticável. Além disso, considera a exposição de motivos opaca, em aspectos muito relevantes. Cf. "Breves Notas Sobre o Contraditório na Proposta de Lei n.º 92/XIV/2." in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 33, Setembro-Dezembro, 2021, p. 51.

tivo. Isso põe, naturalmente, em causa, o efeito imediato e a alegação de uma qualquer cláusula geral. A comunidade de trabalho não será mais do que uma quimera, um slogan enganador que deve ser arredado da processualística, sob pena de desvirtuar e degradar o papel do juiz. Além do risco de subverter o processo, de o converter num jogo entre as partes e, assim, de contaminar a imprescindível imparcialidade do magistrado. Acresce que a crescente publicização processual representa uma susceptibilidade séria de provocar grave discriminação e séria arbitrariedade judicial.

Em síntese, saúda-se o conteúdo da Proposta de Lei, no que respeita, especialmente, à ampliação da réplica, ao regresso da tréplica, bem como ao menor engrandecimento da audiência prévia. Acompanhando, assim, uma tendência no sentido de reduzir o alcance dos ditames da cooperação, a propósito de uma importante fase da marcha do processo, a condensação ou gestão do processo. Algo que só pode significar o declínio de um princípio que, no entanto, nunca representou nem podia representar, uma essencialidade fundamental para o decurso da acção declarativa cível.

Abril de 2022

Da mutabilidade da cláusula penal no Código Civil português: admissibilidade e impulso

TOMÁS BARROSO DE SOUSA*

SUMÁRIO: *Introdução. Parte I – Cláusula penal: generalidades e impactos: 1. Traços gerais da figura da cláusula penal; 2. Os impactos da estipulação de cláusula penal na esfera jurídica dos contraentes: confronto entre vantagens e riscos: 2.1. Perspectiva debitória; 2.2. Perspectiva creditória. Parte II – Da mutabilidade da cláusula como mecanismo específico de tutela do devedor: 1. Questão prévia: o controlo geral; 2. Da mutabilidade enquanto via específica de tutela: 2.1. O paradigma de Seabra e posteriores superações parciais do mesmo; 2.2. O actual artigo 812.º: a mudança do paradigma: 2.2.1. Do alcance do artigo 812.º; 2.2.2. Do teor do artigo 812.º; 2.2.3. O caminho para a redução judicial (perspectiva dos contraentes); 2.2.4. O caminho para a redução judicial (perspectiva do tribunal): 2.2.4.1. Da medida da redução: critérios; 2.2.4.2. Da medida da redução: limites. Parte III – Da tutela do credor perante cláusula penal manifestamente insuficiente: 1. Da unanimidade do reconhecimento da problemática; 2. Da controvérsia quanto ao modo de tratamento da questão ao abrigo do direito constituído. Possíveis vias de resolução. Considerações finais. Bibliografia.*

INTRODUÇÃO**

A contratualização de direitos apresenta não escassas vantagens, mormente do ponto de vista da certeza e da segurança. A estas, acresce a possibilidade de se configurarem certos direitos que a ordem jurídica prevê às particularidades do caso concreto, dentro dos limites legais.

* Licenciado e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa). Advogado Associado da Morais Leitão.

** Advertências: o presente texto encontra-se redigido ao abrigo do antigo acordo ortográfico e corresponde, com ligeiras alterações, à dissertação de mestrado elaborada sob a orientação da Profes-

Ainda assim, cumpre não olvidar que a contratualização não deverá redundar, necessariamente, numa cristalização. Do mesmo modo que o Direito é permeável à realidade socioeconómica, também as relações jurídicas emergentes de negócio não deverão alhear-se das circunstâncias (objectivamente) supervenientes e, bem assim, daquelas que já se verificavam no momento da celebração do contrato mas que, por algum motivo, só se tornaram conhecidas posteriormente àquela.

Destarte, e recorrendo a um dos exemplos paradigmáticos da fixação contratual dos direitos do credor que é a figura da cláusula penal, urge uma análise desta ao abrigo das exigências da certeza e da segurança, por um lado, e da necessidade da consideração da materialidade subjacente, por outro.

Em face do exposto, começaremos a presente dissertação por introduzir alguns dos elementos caracterizadores da figura, procedendo de seguida a uma análise das vantagens e dos riscos inerentes ao recurso àquela. Feita esta ponderação, afloraremos os mecanismos que a lei consagra com vista a acautelar ambos os contraentes, para aferirmos do modo como o Código Civil concilia as preocupações *supra* referidas no específico caso da cláusula penal, observando, conseqüentemente, a relevância que a mutabilidade da mesma poderá revestir a este respeito. Por outras palavras, constitui objecto deste estudo averiguar, primeiramente, se inerente ao regime da cláusula penal está a ideia de conciliação das exigências indicadas e, depois e em caso afirmativo, aferir do modo como o faz em relação a cada um dos sujeitos da relação jurídica regida por aquela cláusula.

PARTE I

CLÁUSULA PENAL: GENERALIDADES E IMPACTOS

1. Traços gerais da figura da cláusula penal

A análise a que nos propomos implica uma prévia exposição, ainda que sucinta, da figura da cláusula penal no direito português, na medida em que a

sora Doutora Ana Taveira da Fonseca e apresentada em Agosto de 2019 à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa), para obtenção do grau de mestre em Direito Forense, tendo as respectivas discussão e defesa ocorrido no dia 14 de Fevereiro de 2020.

Qualquer referência legal sem indicação do respectivo diploma deve ser entendida como feita a uma norma do Código Civil na sua redacção actual, dada pela Lei n.º 8/2022, de 10 de Janeiro.

Sem prejuízo da indicação bibliográfica no final do presente texto, nas notas de rodapé apenas será referido o último nome do autor, o ano da obra e as páginas utilizadas. Quando o nome do autor conste do corpo do texto, indicar-se-á apenas o ano da obra e as páginas utilizadas.

clareza da compreensão das questões que constituem objecto da presente dissertação assim o impõe.

A este respeito, urge aludir primeiramente ao Código Civil, com vista a aferir-se da inserção sistemática da figura e, bem assim, do modo como tal diploma a concebe. Regulada nos artigos 810.º a 812.º, a cláusula penal encontra-se plasmada na divisão atinente à fixação contratual dos direitos do credor e, nos termos do artigo 810.º, n.º 1, corresponde à estipulação negocial através da qual as partes procedem à fixação antecipada¹ do montante exigível a título de indemnização², na eventualidade de inadimplemento obrigacional³ imputável ao devedor.

Não obstante, o artigo *sub judice* não fornece uma concepção holística de cláusula penal, na medida em que esta pode ser estipulada com o intuito de liquidação do dano, mas não só. Importa, a este respeito, não olvidar que, não raras vezes, a cláusula penal prosseguirá função compulsória, quando estipulada com o objectivo de pressionar o devedor, mediante a fixação de ameaça especial que sobre este passará a impender, consistente na realização de outra prestação, mais gravosa, em caso de incumprimento da prestação a que originariamente se havia obrigado.

Mediante a função prosseguida por cada concreta cláusula, a qual só será passível de ser descortinada pela via das regras alusivas à interpretação negocial⁴, poder-se-ão distinguir três espécies de cláusulas penais: cláusulas penais

¹ A antecipação, neste contexto, abrange toda e qualquer estipulação anterior ao inadimplemento. *Cfr.*, p.e., TELLES, 2011, p. 438, n.r. 1: «se a fixação é posterior à constituição de responsabilidade, existe liquidação convencional da indemnização mas não cláusula penal, como se torna por demais evidente».

² Nos termos da redacção primitiva do preceito, constante do Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966, resultava da contraposição entre o artigo 810.º e os artigos 811.º e 812.º que a *cláusula penal* correspondia ao acordo em que se estipulava o montante de indemnização exigível e que, por sua vez, a *pena* (ou *pena convencional*) se reportava a esse montante. Todavia, as designações de *pena* e de *pena convencional* foram substituídas pela de *cláusula penal* com o Decreto-Lei n.º 200-C/80, de 24 de Junho. Tal mudança é passível de ser enquadrada na senda dos sucessivos reparos doutrinários acerca das designações da redacção primitiva. *Vide*, a este respeito, COSTA, 2014, pp. 793 e 794 e TELLES, 2011, pp. 438 e 439, que considera que do artigo 810.º não decorre verdadeira pena, na medida em que a pena «constitui um mal infligido ao infractor, diverso da simples reparação do próprio mal que este causou, afastando-se da noção contida no preceito» e que é cumulável com a indemnização, o que não seria possível no caso de estipulação de cláusula constante do artigo 810.º, que se confunde com a própria indemnização. Não obstante a oportunidade de tais considerações, utilizaremos, ao longo da presente dissertação, as expressões *cláusula penal* e *pena convencional* para nos referirmos ao montante estipulado.

³ *Vide* ANTUNES, 2018, pp. 1159 e 1160, salientando que o preceito abrange o incumprimento definitivo, o cumprimento defeituoso e a mora.

⁴ *Cfr.* PINTO, 2005, p. 591.

de fixação antecipada da indemnização, cláusulas penais puramente compulsórias e cláusulas penais *strictu sensu*.

As primeiras evidenciam a função indemnizatória e correspondem às situações em que as partes liquidam antecipadamente o dano futuro, de modo *ne varietur*⁵. Dessa estipulação emerge a exposição dos contraentes ao risco das flutuações entre o prejuízo efectivo e a soma acordada. Assim, e uma vez que é o acordo das partes que, via de regra, prevalece, constituindo o montante resultante do mesmo a única quantia passível de ser exigida a título de indemnização, não poderá o credor, em princípio, optar pela indemnização nos termos gerais, em detrimento da quantia estipulada.

As segundas traduzem o acordo de algo que acresce à execução específica da prestação devida ou à indemnização pelo não cumprimento. Nesta espécie de cláusulas penais não subjaz o intuito de reparação do dano sofrido pelo credor, tanto que este não constitui sequer factor atendível no momento da estipulação daquelas. Na verdade, as cláusulas penais desta índole regem-se exclusivamente sob o propósito de pressionar o devedor ao cumprimento, mediante estabelecimento de sanção mais gravosa em caso de inadimplemento do que a que resultaria dos termos gerais.

A diferença entre ambas as espécies será facilmente compreendida mediante a afirmação de Pinto Oliveira, segundo o qual o direito do credor à pena indemnizatória «funda-se imediatamente na lei – e o contrato conforma-o», ao passo que a cláusula penal compulsória «dá ao credor um direito que a lei não lhe dava»⁶.

Por último, a possibilidade de identificação de cláusulas penais *strictu sensu* resulta sobretudo do estudo de Pinto Monteiro dedicado à temática em causa⁷. Tais cláusulas reportam-se às estipulações que visam compelir o devedor ao cumprimento através da ameaça de uma outra prestação que o credor terá a faculdade exigir, em detrimento da indemnização que decorreria dos termos gerais, tratando-se de espécie *tertium gens*, por conjugar elementos típicos de cláusulas penais com diferentes funções.

Note-se que, ainda que a segunda e terceira espécies careçam de consagração legal expressa, a verdade é que ambas são admitidas por resultarem do

⁵ Cfr. MONTEIRO, 2007, p. 194. A este respeito, *vide*, ainda, OLIVEIRA, 2011, p. 929: «Os arts. 562.º e 566.º, n.º 2, do Código Civil consagram o princípio da compensação (da equivalência entre o dano e a indemnização) e o (sub)princípio da avaliação em concreto do dano; a cláusula penal indemnizatória derroga-os».

⁶ Cfr. 2011, p. 934.

⁷ Cfr. 1990, pp. 601-647.

princípio da liberdade contratual, sendo-lhes aplicável, por analogia, o artigo 812.º, mediante a verificação dos respectivos pressupostos.

Em face da variedade de funções e espécies referidas, urge superar a noção legal e almejar um *mínimo denominador comum*, passível de enquadrar e compreender a multiplicidade de situações que esta figura permite. Tal desígnio mostra-se cumprido mediante o entendimento de Pinto Monteiro de que a cláusula penal se reconduz «à promessa de determinada prestação, caso se verifique o não cumprimento (*lato sensu*) da obrigação principal» ou «a respeito de qualquer dever acessório ou lateral»⁸.

2. Os impactos da estipulação de cláusula penal na esfera jurídica dos contraentes: confronto entre vantagens e riscos

2.1. *Perspectiva debitória*

O devedor, enquanto sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, poderá beneficiar da inserção de cláusula penal. Não raras vezes, aquando da celebração de um determinado negócio jurídico, afigura-se difícil para este sujeito precisar com exactidão a magnitude das consequências da sua eventual conduta inadimplente, nomeadamente no que concerne ao impacto económico dos danos por ele causados. Daqui decorre o risco da previsão deficitária dos danos. Assim, quando estipulada com função indemnizatória, poderá a cláusula penal permitir ao devedor evitar uma futura submissão a indemnização de valor elevado, por ele nunca antes considerado. Por sua vez, a estipulação de cláusula penal com função compulsória permitirá inculcar no devedor a consciência da importância do cumprimento da obrigação, servindo tal estipulação como um incentivo convencional à diligência deste.

Ainda assim, cabe notar que a concreta estipulação deste mecanismo comporta riscos para o devedor, mormente relacionados com o eventual montante manifestamente excessivo da pena convencional, portanto, abusivo.

Tal abuso poderá existir *ab initio*, ou seja, desde a formação do contrato, motivado pelo excessivo receio do credor no incumprimento ou mesmo face ao intuito de beneficiar injustificadamente em caso de inadimplemento, o qual

⁸ Tal entendimento parece, assim, ser conforme à designação, a este respeito utilizada no *Draft Common Frame of Reference*, “*stipulated payment for non-performance*”. Assim, MONTEIRO, 2015, pp. 154 e 155: «esta atitude descomprometida incide também sobre a finalidade da cláusula, nada se dizendo sobre as tradicionais funções indemnizatória ou compulsória da cláusula penal. Isto é deixado à autonomia das partes».

poderá não ser sindicado, nem sequer percepcionado, pelo devedor, em virtude da sua «natural inclinação para aceder, de forma ligeira, a uma cláusula penal que se destina a actuar somente no futuro», na medida em que «a possibilidade de se vir a incorrer nela surge como hipótese distante e remota»⁹.

Importa ainda ter presente que a situação abusiva poderá radicar em circunstâncias supervenientes. Como assinala Calvão da Silva¹⁰, o montante elevado da cláusula poderá advir de circunstâncias independentes da vontade das partes, tornando supervenientemente exorbitante e abusiva uma cláusula penal que ao tempo da formação do contrato era moderada.

2.2. *Perspectiva creditória*

Movido pela incerteza no que tange à prova dos danos que possa vir a sofrer em virtude de eventual inadimplemento e correspondente morosidade judicial tendente ao apuramento da existência e extensão daqueles, o credor recorre frequentemente à aposição contratual de cláusula penal de fixação antecipada da indemnização, preferindo «acautelar-se através de uma avaliação prévia do dano que, previsivelmente, o incumprimento lhe causará»¹¹, destacando ainda Galvão Telles¹² que o funcionamento de tal cláusula prescinde da averiguação dos danos¹³ que o credor sofreu, ou não, em virtude do incumprimento. Salientam-se assim as vantagens da segurança, simplificação e, bem assim, do desincentivo à litigância.

Nos casos em que a cláusula penal prossegue função compulsória, traduz esta, nas palavras de Pinto Monteiro, «um eficaz mecanismo dissuasor, destinado a fazer respeitar os compromissos assumidos», consubstanciando assim uma protecção acrescida, de origem convencional, aos mecanismos legais de tutela do credor¹⁴.

Não obstante o exposto, cabe alertar que o credor não estará isento de riscos mediante a estipulação de cláusula penal. Como visto anteriormente, o credor

⁹ Cfr. MONTEIRO, 1990, p. 718. *Vide*, ainda, CORDEIRO, 2017, p. 493: «salvo má-fé, que não se presume – as partes estão sempre convictas de que irão cumprir. Prontificam-se a aceitar as cláusulas penais mais extraordinárias, na convicção (legítima) de que, no fundo, não lhes dizem respeito».

¹⁰ Cfr. 2007, p. 269, n.r. 485.

¹¹ Cfr. MONTEIRO, 2007, p. 191.

¹² Cfr. 2011, p. 440.

¹³ O que não impede, porém, que o devedor faça prova da inexistência de prejuízos para o credor, tornando assim inexigível a soma indemnizatória anteriormente convencional. Neste sentido, *vide* MONTEIRO, 1990, pp. 723 e 724.

¹⁴ *Idem*, p. 717.

submete-se ao risco de a soma convencionada vir a revelar-se manifestamente inferior aos danos sofridos. Salienta Menezes Cordeiro¹⁵ que, no momento da contratação, o credor confia no poder da palavra dada e, bem assim, na seriedade do devedor, sendo que esse estado de coisas podê-lo-á levar, legitimamente, a subscrever cláusulas penais aligeiradas ou até mesmo simbólicas.

PARTE II

DA MUTABILIDADE DA CLÁUSULA COMO MECANISMO ESPECÍFICO DE TUTELA DO DEVEDOR

1. Questão prévia: o controlo geral

Antes de procedermos à análise do concreto mecanismo de tutela do devedor perante cláusula penal manifestamente excessiva, plasmado no artigo 812.º, cumpre aludir aos mecanismos gerais¹⁶ ao abrigo dos quais a cláusula penal pode ser sindicada, assentes em normas e princípios de alcance geral. A este respeito tem lugar a distinção prévia entre os *mecanismos de controlo da cláusula*, que têm por objecto o acordo das partes no qual se convencionou a pena, e os *mecanismos de controlo do exercício do direito à pena*, relativos ao modo como o credor exerce o seu direito ao cumprimento daquela.

Debruçando-nos sobre os *mecanismos de controlo da cláusula*, verificamos, desde logo, que estes podem referir-se (i) à sua própria formação ou (ii) ao seu conteúdo. Assim sendo, destaca-se em primeiro lugar o controlo atinente à formação do acordo relativo à pena, o que pressupõe a consideração da cláusula penal enquanto estipulação negocial. Partindo precisamente dessa premissa, Morais Antunes¹⁷ associa tal mecanismo de sindicância à averiguação de patologias atinentes aos sujeitos ou aos elementos da estrutura negocial, tendo em conta a natureza negocial da cláusula penal¹⁸. Verificando-se alguma dessas patologias, poderá assim a cláusula ser inválida, por aplicação das regras gerais.

¹⁵ 2017, p. 500.

¹⁶ Cfr. MONTEIRO, 1990, p. 723: «A expressa consagração legislativa de um especial poder de controlo não afasta o recurso a medidas de alcance geral, igualmente destinadas a controlar as manifestações da autonomia privada».

¹⁷ Cfr. 2018, p. 1172.

¹⁸ No mesmo sentido, *vide*. MONTEIRO, 1990, pp. 719 e 720, referindo urgir apurar, designadamente, «se o consentimento foi prestado na forma devida, se não há qualquer vício da vontade, como o erro, o dolo, a coacção moral, a incapacidade acidental ou a usura, e se [a cláusula penal] foi aceite por quem tinha capacidade negocial, de gozo e de exercício de direitos».

Relativamente ao teor da cláusula, situações existem em que a pena estipulada se afigura ofensiva dos bons costumes¹⁹, nomeadamente pelo facto de o contrato impor uma multiplicidade de deveres, prevendo uma pena elevada face a qualquer reduzido inadimplemento, revestindo por isso aquele um carácter opressivo²⁰. Importa frisar, a este respeito, que a aferição da contrariedade do conteúdo da cláusula aos bons costumes não se atém, exclusivamente, ao montante da pena, carecendo ainda aquela do enquadramento «[d]a pena no contrato, como um todo, [...] tendo em conta as obrigações que impõe e as demais circunstâncias que o rodeiam [...]»²¹, prescindindo o juízo em apreço da consciência das partes relativamente a essa desconformidade²². Pode, ainda, suceder que seja a própria lei a vedar o emprego de cláusulas penais ou a limitar o alcance das mesmas, por motivos de protecção social. É o caso do artigo 1591.º, nos termos do qual a promessa de casamento não dá direito a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594.º, «mesmo quando resultantes de cláusula penal». De acordo com Pinto Monteiro, tal limitação radica na circunstância de estar em causa matéria alusiva ao estado das pessoas²³.

Diversamente, pode o controlo reportar-se, não ao acordo, mas sim ao *exercício dos direitos do credor* resultantes do mesmo. A este respeito, cabe falar da sindicância desse exercício com base na proibição do abuso do direito, ferindo aquele de ilegitimidade. No que tange à averiguação e qualificação do exercício como abusivo, de má fé, chame-se à colação Morais Carvalho, segundo o qual tal não tem, necessariamente, de «advir directamente de um juízo de censura sobre o seu titular». Mister é que haja um juízo de censura sobre a situação concreta²⁴.

2. Da mutabilidade enquanto via específica de tutela

Além das *supra* referidas vias gerais de controlo, o Código Civil consagra expressamente uma via de controlo específico no artigo 812.º, tendente a acau-

¹⁹ Tal evidencia a função puramente negativa e proibitiva do conceito de *bons costumes*, apontada por VAZ DE SEQUEIRA, 2014, pp. 694 e 695: partindo da concepção de *bons costumes* enquanto meio utilizado pelo legislador para garantir a vigência dos direitos fundamentais nas relações entre entidades privadas, será ofensivo dos mesmos o negócio no qual se acorde «uma excessiva limitação da liberdade de um dos contraentes, seja a liberdade pessoal, a liberdade de exercício de actividade económica, a liberdade de exercício de profissão ou a liberdade de exercício de actividade artística».

²⁰ *Cfr.* MONTEIRO, 1990, p. 721.

²¹ *Cfr. idem*, p. 722.

²² *Cfr.* SEQUEIRA, 2014, p. 695: este juízo deve ser feito «de um ponto de vista estritamente objectivo».

²³ *Cfr.* 1990, p. 720, incluindo n.r. 1614.

²⁴ *Cfr.* 2016, p. 129.

telar a situação do devedor, porquanto prevê a redução equitativa da cláusula penal quando esta se afigure manifestamente excessiva. A análise a que nos propomos a este respeito é, por conseguinte, tendente à compreensão do respectivo regime e consequentes implicações práticas.

2.1. O paradigma de Seabra e posteriores superações parciais do mesmo

Antes de se proceder ao estudo *supra* indicado, urge aludir aos antecedentes legislativos respeitantes à cláusula penal, com vista a aferir se já existia, anteriormente à entrada em vigor do actual Código Civil, algum mecanismo específico, protector do devedor. Para o efeito, atente-se nos artigos 674.º e 675.º do Código de Seabra²⁵, inseridos sistematicamente no Capítulo V, subjacente à epígrafe «Das condições e clausulas dos contractos»:

Artigo 674.º

A importancia da condição, ou da clausula penal, fica dependente da convenção das partes, salvo o que fica disposto no § único do artigo 672.º.

Artigo 675.º

Se a obrigação foi cumprida em parte, pôde a pena ser modificada na parte proporcional.

A letra de ambos os preceitos não oferece margem para dúvidas: o artigo 674.º do Código de Seabra conferia às partes a liberdade de estipularem o montante da cláusula, sendo que a única limitação a tal estipulação resultava do artigo 675.º do mesmo diploma e reportava-se exclusivamente à modificação proporcional da pena em casos de cumprimento parcial²⁶. Destarte, afigura-se inequívoco que o paradigma vigente à luz de Seabra era o da imutabilidade da cláusula penal, ao abrigo do qual esta era sempre *invariável*²⁷, uma vez que o tri-

²⁵ “Codigo Civil Portuguez”, aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867, acedido em: 13-05-2022, em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>.

²⁶ Cabe salientar que o entendimento da doutrina era o de que o artigo 675.º do Código de Seabra se limitava a consagrar a presunção de que as partes, perante situação de cumprimento parcial, pretendiam e aceitariam a modificação proporcional da pena estipulada. Todavia, considerava-se estar em causa presunção ilidível, pelo que as partes poderiam afastar o critério constante de tal preceito, quer substituindo-o por outro, quer mantendo a convenção dirigida à exigência do pagamento integral da pena, ainda que a obrigação tivesse sido parcialmente cumprida.

²⁷ *Cfr.* TELLES, 2011, p. 441.

bunal não estava autorizado a elevar ou diminuir o seu quantitativo, nem para o considerar, em equidade, como bastante elevado ou insuficiente, nem sequer para o fazer coincidir com os prejuízos efectivos.

Na senda da procura de uma justificação para tal paradigma, Vaz Serra salientara que a imutabilidade havia sido consagrada com o intuito de evitar «alterações imprevisíveis por parte dos tribunais»²⁸, sendo de facto o argumento da segurança e certeza jurídicas frequentemente afixado pela doutrina portuguesa como uma das possíveis *ratio legis* dos preceitos em apreço²⁹. O outro argumento potencialmente favorável à defesa da imutabilidade (aqui considerada na vertente da invariabilidade) é o do respeito pela convenção das partes. Como refere Calvão da Silva³⁰, «o carácter à *forfait* da cláusula penal e o respeito devido ao princípio da autonomia privada levariam à sua imutabilidade e, conseqüentemente, a não reconhecer ao juiz o poder de controlo sobre o seu montante, fixado pelas partes»³¹. Quer isto dizer que tal intervenção judicial poderia ser vista, *prima facie*, como um perigo de intromissão pública numa esfera marcadamente privada, que é a da manifestação inequívoca da vontade das partes na estipulação de cláusula penal³².

Não obstante os argumentos *supra* identificados, cumpre não olvidar os riscos inerentes à consagração legal da imutabilidade. As críticas a esta opção legislativa cedo surgiram. A este respeito, salientou Vaz Serra³³, aquando da elaboração dos Trabalhos Preparatórios do actual Código Civil, que, não obstante a virtuosidade do argumento da certeza, não poderia este prevalecer sobre a necessidade de se evitar «penas convencionais excessivas», em que uma das partes viesse a exigir à outra «valores exorbitantes», lembrando ainda o facto de o devedor, não raras vezes, não se encontrar em condições de recusar penas convencionais por «carecer do crédito» e sujeitar-se, por esse motivo, às cláusulas impostas pelo credor. Nesta medida, propugnava este autor que, ao abrigo do princípio da boa fé, não deveriam considerar-se intocáveis as penas convencionais atributivas de um direito desproporcionado ao credor.

Na seqüência desta linha de raciocínio, e posteriormente à alteração do paradigma em estudo com a entrada em vigor do novo Código Civil, Calvão da Silva destaca que o princípio da imutabilidade comportava riscos, na medida

²⁸ *Cfr.* 1957, p. 39.

²⁹ Na aludida tentativa da compreensão do paradigma, *vide* MONTEIRO, 1990, p. 727 e PINTO, 2005, p. 596.

³⁰ 2007, p. 269.

³¹ Argumento também referido por MONTEIRO, 1990, p. 727.

³² *Cfr.* PASINI, 2007, p. 227.

³³ *Cfr.* 1957, pp. 41 e 42.

em que, apesar do carácter aleatório inerente ao *forfait* fixado³⁴, da igualdade das partes no momento da estipulação da cláusula e do provável recurso a esta como contrapartida de melhores e vantajosas condições contratuais para o devedor, a verdade é que frequentemente se verifica, concretamente, uma posição de força contratual do credor, consistindo uma natural decorrência desta a estipulação de «cláusula penal deveras exorbitante», conducente a abusos e iniquidades.

Deste modo, tendemos a entender que, à luz do Código de Seabra, o paradigma relativo à cláusula penal era, não simplesmente o da sua imutabilidade, mas sim o da prevalência absoluta da autonomia privada, cujo respeito implicava, não só a impossibilidade de redução da pena convencional na maioria dos casos, bem como a possibilidade da existência de convenção em contrário a afastar o artigo 675.^{o35}, relativo à modificação proporcional da pena nos casos de cumprimento parcial.

Volvido mais de meio século após a entrada em vigor daquele diploma, surgiu, em 1932, o Decreto-Lei n.º 21370, de 14 de Outubro, que postulava a limitação da liberdade de fixação do montante da pena convencional nas situações de contratos de mútuo ou de outras formas de concessão ou outorga de crédito. Todavia, evidente se torna que tal apenas contribuiu para uma superação parcial da orientação enraizada na lei portuguesa, continuando sujeitas aos artigos 674.º e 675.º do Código de Seabra as cláusulas penais apostas nos contratos não abrangidos por este diploma. Condicionada pelos limites impostos pela letra da lei, mas igualmente cientes da necessidade de combate às iniquidades *supra* referidas, não raras vezes apelava a doutrina ao abuso do direito como forma de preconizar a redução da cláusula penal manifestamente excessiva³⁶.

2.2. O actual artigo 812.º: a mudança do paradigma

Desde a redacção primitiva³⁷ do actual Código Civil que é permitida a redução equitativa de cláusula penal manifestamente excessiva. Tal evidencia a circunstância apontada por Mota Pinto³⁸ de que «a imutabilidade da pena

³⁴ *Cfr.* 2007, p. 269: tal fixação reveste carácter aleatório, «podendo essa álea aproveitar ao devedor, se o montante da cláusula penal for menor que o prejuízo sofrido pelo credor, ou a este, se aquele for maior».

³⁵ *Vide* n.r. 26 da presente dissertação.

³⁶ A este respeito, *vide* ANDRADE, 1966, p. 337.

³⁷ Constante do Decreto-Lei n.º 47433, de 25 de Novembro de 1966.

³⁸ *Cfr.* 2005, p. 596.

[...] teve de ceder perante as flagrantes injustiças a que, em certos casos [...] conduzia».

2.2.1. Do alcance do artigo 812.º

Atendo-nos à letra da lei, o preceito aplica-se às cláusulas penais que se afigurem manifestamente excessivas, ainda que por causa superveniente³⁹. Por sua vez, Pinto Monteiro clarifica e amplia o âmbito de aplicação do preceito.

Destarte, e num primeiro nível de interpretação da norma, defende este autor que o artigo 812.º «é de aplicar a todas as espécies de penas convencionais, e não só à que o Código expressamente prevê, no art. 810.º, n.º 1»⁴⁰. Seguidamente, vai mais além, preconizando a aplicação indirecta, ou por analogia, ao sinal e a outras figuras afins como a pena independente e, bem assim, a outras sanções de cariz associativo ou laboral. Tal entendimento deve-se ao facto de considerar que o artigo 812.º concretiza o princípio geral tendente à correcção de «excessos ou abusos decorrentes do exercício da liberdade contratual, ao nível da fixação das consequências do não cumprimento das obrigações».

O mecanismo de controlo específico *sub judice* não inquina, como já expussemos, o recurso às vias gerais de protecção do devedor. Não obstante, cabe referir que, além do artigo 812.º, existem outros mecanismos, inclusivamente

³⁹ Note-se que é, contudo, diferente o caso espanhol, porquanto o artigo 1154 do Código Civil de Espanha (acedido em: 13-05-2022, em: https://boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-conso_lidado.pdf) prescreve que a redução equitativa da pena convencional só será admissível nos casos em que a obrigação tenha sido irregular ou parcialmente cumprida. Ainda assim, como refere FUENTE, 2009, pp. 1633-1638, existe uma corrente da doutrina que, por via de interpretação extensiva do preceito, defende que este será igualmente aplicável aos casos em que a pena seja desproporcionada ao dano efectivo, havendo, por sua vez, jurisprudência que associa a redução em causa a juízos de equidade, defendendo que a redução, além dos casos previstos na letra, deverá também aplicar-se às situações em que «*los intereses pactados eran tan altos como inicuos*».

⁴⁰ Cfr. 1990, p. 730. No mesmo sentido, PINTO, 2005, p. 591. Tal entendimento parece não ser contestado pela doutrina nacional. Ainda assim, cumpre frisar que este não é o entendimento preconizado no ordenamento jurídico inglês, nem nos demais países de *common law*, em virtude do entendimento latente de que só é permitida a *liquidated damages clause*, isto é, com escopo puramente indemnizatório, mas não a *penalty clause*. Cfr. MILLER, 2004, p. 80: «*In England, a payment clause is enforceable when it functions as a liquidated damages clause but 'disregarded' where it is held to be a penalty clause. The former represents a genuine pre-estimate of damages, whether actual (or recoverable) loss amounts to more or less than the sum stipulated; the latter is stipulated as in terrorem of the offending party*». Não obstante o exposto, verifica-se na prática ser tal entendimento, de certa forma, mitigado, mostrando-se, sim, mister a inexistência de desigualdade *inter partes*. Para mais desenvolvimentos, *idem*, p. 90.

com maior nível de especificidade face àquele, porquanto se ocupam de certos contratos em concreto.

É a situação do artigo 935.º relativo à venda a prestações⁴¹ e ainda dos n.ºs 2 e 3 do artigo 1146.º, respeitantes aos juros usurários. A este respeito, parece também ser possível uma *plena convivência* entre o artigo 812.º, por um lado, e os artigos 935.º e 1146.º, por outro, no ordenamento jurídico português, porquanto estes não devem impedir, no entendimento de Pinto Monteiro⁴², a aplicação daquele a título de critério geral de redução da pena, caso as circunstâncias concretas do caso o justifiquem. Com base no exposto, verificamos assim que o artigo 812.º constitui o *mecanismo geral dos mecanismos específicos* de tutela do devedor nas situações de cláusula penal manifestamente excessiva.

2.2.2. Do teor do artigo 812.º

Os n.ºs 1 e 2 do artigo 812.º configuram o mecanismo da redução equitativa como uma noção compreensiva de vários elementos, pelo que urge proceder à decomposição dos mesmos. Assim sendo, importa analisar em concreto o (i) poder de redução judicial, (ii) a admissibilidade do carácter superveniente da manifesta excessividade da pena, (iii) a natureza extraordinária do mecanismo, (iv) a sua aplicação aos casos de cumprimento parcial e, bem assim, (v) o carácter cogente da norma. Finda essa exposição, caberá averiguar o entendimento relativo ao fundamento deste preceito. Naturalmente que fica por falar o conceito da manifesta excessividade da pena, todavia, por questões sistemáticas, optámos por abordá-lo adiante, na parte atinente ao juízo do tribunal relativo à pena.

Como a própria letra do preceito indica, está em causa, não um poder de invalidação, mas apenas de *redução* da pena convencional até montante que se afigure equitativo. Tal permite, desde logo, distinguir o mecanismo do artigo 812.º das vias de controlo gerais *supra* referidas, mormente das que estejam relacionadas com cláusulas usurárias (*maxime*, o artigo 282.º).

Ora vejamos: a redução judicial prevista no artigo 812.º não exige prova da usura, bastando-se com a manifesta excessividade da pena, diversamente do que sucede com o instituto plasmado no artigo 282.º. Ainda no plano dos pressupostos, a lei não estabelece qualquer prazo para a redução, ao passo que a segunda está sujeita aos prazos constantes do artigo 287.º. Cabe ainda salientar

⁴¹ *Cfr.* VASCONCELOS, 2016, pp. 68 e 69: considera que os artigos 934.º e 935.º são aplicáveis à locação financeira.

⁴² *Cfr.* 1990, p. 731.

que a redução só pode ser solicitada após o credor exigir o pagamento da pena, enquanto o pedido de anulação não está dependente desse requisito.

No que tange aos efeitos de ambos os preceitos, verifica-se que o artigo 812.º favorece sobretudo, como aponta Pinto Monteiro⁴³, o credor, uma vez que este pode deixar subsistir algum excesso em relação ao valor do dano causado. Não é o que sucede nos casos de anulabilidade, na medida em que nestes o credor poderá apenas recorrer à indemnização nos termos gerais, necessitando ainda de provar o dano sofrido, não obtendo, portanto, mais do que o necessário à reparação deste.

Comparando ambos os institutos, e recorrendo às observações de Pinto Monteiro⁴⁴ e de Prata⁴⁵, se é certo que o instituto da redução se afigura mais vantajoso (porquanto menos exigente) do ponto de vista dos pressupostos, não menos verdade é que este favorecerá mais, no que concerne aos efeitos, o credor. Face ao exposto, constatamos que a mais reduzida magnitude dos impactos da redução judicial traduz o *preço a pagar* pela maior simplificação inerente aos mecanismos de activação do referido instituto.

É certo que não podemos fazer uma comparação categórica, afirmando de modo linear o exposto, na medida em que nos casos de usura, a anulação não é a única alternativa, podendo haver lugar, em vez desta, à modificação do negócio usurário, nos termos do artigo 283.º, a requerimento do próprio lesado (n.º 1) ou na sequência de oposição da parte contrária à anulação requerida por aquele (n.º 2). Ainda assim, mesmo nos casos em que se recorra a este instituto, existem várias diferenças face ao da redução equitativa da cláusula penal.

Como observa Eiró⁴⁶, a modificação não corresponde necessariamente à redução. Pode revestir, igualmente, a forma de conversão do negócio, ou outro qualquer modo que o tribunal, tendo em conta o caso concreto, «entenda adequado a recuperar o negócio, em termos de o tornar justo». Mais constatamos a este respeito que, mesmo que a modificação revista a forma de redução do negócio, esta será feita de forma tendente à retirada da parte dos benefícios que sejam considerados injustificados ou excessivos, com vista a repor o equilíbrio justo nas prestações, contanto não comprometa a vontade conjectural do lesado. Trata-se de redução diferente da plasmada no artigo 812.º, esta última tendo apenas por objecto a parte inequitativa, isto é, aquela que, aos olhos do tribunal, se evidencie por manifestamente excessiva. Tal diferença torna-se perceptível em face da específica natureza da cláusula penal, em que não há uma

⁴³ Cfr. 1990, p. 719, n.r. 1612.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Cfr. 1985, pp. 637 e 638.

⁴⁶ Cfr. 2014, p. 704.

necessidade de fazer corresponder o montante dos danos previstos ao dos danos efectivamente sofridos.

Também em relação ao artigo 935.º apresenta o artigo 812.º diferenças, desde logo o facto de o primeiro estabelecer uma redução *ope legis* a um montante taxativamente fixado. Ainda assim, e na esteira de Prata, tal não pode constituir motivo para nos alhearmos das semelhanças entre ambos os institutos, mormente a desnecessidade da prova de debilidade contratual do devedor⁴⁷.

Fora do Código Civil, cabe não esquecer o Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais⁴⁸, cujo artigo 19.º, al. c) prescreve que são proibidas, consoante o caso negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais que consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir.

Procedendo a uma análise comparativa de ambos os preceitos, urge, desde logo, salientar os diferentes âmbitos (de índole objectiva) de aplicação daqueles: se, por um lado, o preceito do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais se aplica, de acordo com os n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º do referido diploma, às cláusulas que não tenham sido concretamente negociadas e que, portanto, o destinatário das mesmas se limitou a subscrever ou a aceitar, o artigo 812.º do Código Civil tem por objecto as cláusulas que tenham sido concretamente negociadas, em que ambas as partes puderam influir no respectivo conteúdo.

As diferenças entre ambos os mecanismos continuam também no que tange à consequência por aqueles prevista. Enquanto a da manifesta excessividade plasmada no artigo 812.º do Código Civil é a da redução equitativa, de onde se infere que tais cláusulas serão, em princípio, válidas, o preceito do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais comina, diversamente, as cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir com a nulidade. Assim, só este último preceito associa a deficiência de tais cláusulas a um problema de validade. Isto porque, prevendo o artigo 19.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais que tais cláusulas são relativamente proibidas⁴⁹, importa recorrer ao respectivo artigo 12.º, ao abrigo da qual as cláusulas proibidas são nulas nos termos

⁴⁷ *Cfr.* 1985, p. 638. Não obstante, a referida autora adverte para o facto de tal debilidade não ser exactamente igual à dos casos do 812.º, na medida em que face a estes, caso se parta do pressuposto da possível inferioridade contratual do contraente-devedor, cumpre não dar essa situação como adquirida, uma vez que relativamente a ela não existem os mesmos indícios que levam a lei como que a presumi-la inilidivelmente na compra e venda a prestações. A este respeito, *cf.* *idem*, p. 639.

⁴⁸ Constante do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

⁴⁹ Como resulta do artigo 19.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, por cláusulas relativamente proibidas entendem-se as cláusulas cujo conseqüente desvalor implica um juízo valorativo, de tipo abstracto, com base no quadro negocial padronizado, o que leva a que uma mesma cláusula possa ser considerada válida num certo tipo de contratos e inválida em contratos de tipo diferente.

previstos por este diploma (*i.e.*, o artigo 24.º, que remete para o regime geral da nulidade constante do Código Civil: artigos 285.º, 286.º, e 289.º a 291.º).

Tendemos a compreender e a concordar com tal diferença de soluções legislativas, porquanto se deverá munir de maiores cautelas (*maxime*, mediante um desvalor jurídico de maior impacto, como é o caso da invalidade) as cláusulas não negociadas, enquanto forma de compensar o desvio à liberdade de estipulação (a estas inerente) verificado anteriormente, no momento da formação do contrato.

Ademais, cabe apontar os diferentes pressupostos determinantes das consequências previstas em ambos os preceitos: se, por um lado, é inerente ao artigo 812.º a manifesta excessividade, que pressupõe um juízo equitativo, o preceito do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais opta por uma realidade mais abrangente e objectiva, assente num critério de proporcionalidade entre pena e dano⁵⁰.

Concluindo-se pela verificação dos pressupostos necessários, identificam-se, igualmente, diferenças no que tange aos regimes inerentes aos mecanismos objecto desta análise comparativa. Destarte, verifica-se que, sendo a cláusula penal manifestamente excessiva, será esta corrigida mediante a redução plasmada no artigo 812.º, à luz dos ditames da equidade. Diversamente, ao abrigo do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, sendo a cláusula penal desproporcionada aos danos a ressarcir, importa aludir ao respectivo artigo 12.º que prescreve a nulidade, ao artigo 24.º, que procede à remissão para o regime geral da nulidade constante do Código Civil, e, bem assim, para os artigos 13.º e 14.º daquele regime. Recorrendo aos ensinamentos de Morais Antunes⁵¹, conjugando todas estas disposições, a primeira questão a ser averiguada prende-se com a intenção, por parte do devedor, na manutenção, ou não, do contrato, faculdade que é permitida pelo n.º 1 do artigo 13.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais. Optando pelo aproveitamento do contrato,

⁵⁰ Não é unânime na doutrina o entendimento quanto ao alcance do conceito de desproporcionalidade. No sentido de desproporcionalidade enquanto mera superioridade da pena face aos danos a ressarcir, *vide*, p.e., RIBEIRO, 2007, pp. 142 a 147: segundo este autor, mister é que se proceda a um juízo de correspondência quantitativa entre a pena estabelecida e os danos a ressarcir, sob pena de o incumprimento se afigurar mais vantajoso para o credor do que o adimplemento obrigacional. Diversamente, perfilhando o entendimento da desproporção sensível e manifesta, como a solução mais razoável e harmoniosa com as exigências do tráfico, *vide*, p.e., CORDEIRO e COSTA, 1986, p. 47: referem, ainda, no que tange ao argumento invocado pela doutrina da mera superioridade, alusivo às vantagens do credor resultantes do incumprimento, que tal é um risco imputável ao devedor que acordou numa cláusula penal e que culposamente não cumpriu, como natural decorrência do princípio da liberdade contratual.

⁵¹ *Cfr.* 2015, p. 297.

importa recorrer, de seguida, ao n.º 2 do referido preceito, nos termos do qual tais desígnios de manutenção implicam que se considerem desprovidas de efeitos jurídicos as cláusulas proibidas e que se proceda à substituição da parte afectada mediante o recurso às normas supletivas aplicáveis (que no caso vertente são os preceitos do Código Civil relativos ao não cumprimento das obrigações, *maxime*, os artigos 798.º e ss.), ou, sendo tal insuficiente, o recurso às regras gerais de integração dos negócios jurídicos, nos termos fixados no artigo 239.º do Código Civil. Cabe ainda referir que, nos termos do artigo 14.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, caso a manutenção do contrato conduza a um desequilíbrio de prestações gravemente atentatório da boa fé, vigora o regime da redução dos negócios jurídicos. Se, diversamente, o devedor (*in casu*, o *aderente*) optar pela desvinculação do contrato, poderá este recorrer à nulidade nos termos gerais previstos no Código Civil (*i.e.*, à declaração da nulidade total do contrato com eficácia retroactiva, determinando-se a restituição de tudo o que tiver sido prestado ou o valor correspondente, nos casos de impossibilidade de restituição em espécie, nos termos do artigo 289.º, n.º 1, desse diploma), ou pela redução prevista no artigo 14.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, que remete para o regime da redução dos negócios jurídicos, previsto no artigo 292.º do Código Civil.

Como referem a este respeito Menezes Cordeiro e Almeida Costa⁵², a diferença relativa ao funcionamento de ambos os mecanismos, mais do que compreensível, é necessária, porquanto o juízo equitativo inerente à redução do artigo 812.º comprometeria a celeridade exigida em face da realidade inerente ao Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, pautada pelo tráfico negocial massificado, cujos desígnios de simplificação se afiguram devidamente acautelados pela aplicação deste diploma, em conjunto (se for o caso) com as disposições do Código Civil em matéria de nulidade.

Outra figura que importa distinguir da redução de cláusula penal manifestamente excessiva é a da cláusula de limitação de responsabilidade. Como salienta Almeida Costa⁵³, no caso das cláusulas de limitação de responsabilidade, «estabelecendo-se uma soma máxima de reparação, o credor nunca obterá mais do que o convencionado, mas caber-lhe-á menos se os prejuízos efectivos ficarem abaixo desse limite». Diversamente, visa o artigo 812.º não em proceder a essa coincidência de valores (o que corresponderia a uma total desconsideração da índole da cláusula penal), mas tão-só em tornar a pena equitativa, eliminando a sua componente manifestamente excessiva⁵⁴.

⁵² Cfr. 1986.

⁵³ Cfr. 2014, p. 795.

⁵⁴ Cfr. TELLES, 2011, p. 442.

Decorre igualmente do n.º 1 do artigo 812.º que a pena poderá ser reduzida ainda que o seu *carácter manifestamente excessivo seja superveniente*. Verifica-se assim, como refere Calvão da Silva, que o mecanismo da redução judicial se aplica, não só aos casos em que a pena já era manifestamente excessiva no momento da sua estipulação, mas outrossim nas hipóteses em que tal resulte «de circunstâncias independentes da vontade das partes, tornando supervenientemente exorbitante e abusiva uma cláusula penal que ao tempo da formação do contrato era moderada»⁵⁵. Com base no exposto, podemos concluir que assim se compreende Pinto Monteiro ao preconizar que o juízo sobre a manifesta excessividade da pena deve fazer-se, não relativamente ao momento em que foi estipulada mas «antes ao ter de cumprir-se»⁵⁶, porquanto uma análise em momento anterior seria, no nosso entendimento, precipitada e incompleta, por não acompanhar o integral desenvolvimento da relação jurídica estabelecida e as circunstâncias exteriores adjacentes, com impactos nesta.

Estamos assim em momento de aludir às considerações tecidas por Pires de Lima e Antunes Varela⁵⁷, segundo os quais a relevância da causa superveniente justifica-se em face dos princípios admitidos pelo Código Civil no que tange à resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, conforme previsto nos artigos 437.º a 439.º. Não obstante o exposto, cumpre advertir que não existe uma estrita identidade entre este regime e o consagrado no artigo 812.º. Como refere Prata⁵⁸, neste último não se exige que a causa superveniente radique em alteração anormal, porquanto imprevisível pelas partes. Nota a autora que tal se afigura compreensível em virtude do escopo do artigo 812.º, que é o de proteger um dos contraentes face a exigências gravosas e injustificadas e não tanto de salvaguardar a conformidade do clausulado contratual com os seus pressupostos determinantes (*maxime*, a base do negócio comum a ambos os contraentes), o que explica que a lei admita a redução de cláusula penal nos casos em que a manifesta excessividade era passível de ser constatada no momento da formação do contrato. Mais atesta, dizendo que o artigo 812.º acarreta a vantagem de se evitar o recurso à destrinça entre o que era de facto previsível, ou não, aquando da estipulação do clausulado. Em suma, verifica-se que pode haver redução da cláusula mesmo que não tenha havido estrita alteração das circunstâncias.

De não olvidar é também a *natureza extraordinária* do mecanismo em estudo. A este respeito, postula Calvão da Silva que, apesar de a solução da imutabi-

⁵⁵ Cfr. 2007, p. 209, n.r. 485.

⁵⁶ Cfr. 1990, p. 732.

⁵⁷ Cfr. 1997, p. 81.

⁵⁸ Cfr. 1985, p. 640.

lidade (ou, como refere, da «irreduzibilidade») da cláusula penal traduzir uma situação injusta, a verdade é que não se pode passar para a situação diametralmente oposta, sob pena de a intervenção judicial no sentido da redução da pena proceder à «neutralização do valor coercitivo da cláusula penal», «proibindo o credor de um legítimo e salutar, desde que não abusivo, [...] meio de pressão sobre o devedor recalcitrante [...]»⁵⁹. Tendemos a concluir, a este respeito, que Calvão da Silva evidencia a necessidade de se afastar eventuais entendimentos de que o 812.º consiste numa sanção aplicada ao credor quando haja divergência entre o montante estipulado e o montante dos danos verificados.

Presume-se que foi com base em cautelas da mesma índole que o legislador estipulou o n.º 1 do artigo 812.º nos termos em que existe, ao permitir a redução, não nos casos em que a pena excede os danos efectivamente sofridos, mas tão-só quando os excede manifestamente, de forma gritante e exorbitante. Assim sendo, alcança o preceito, na óptica deste autor, o desígnio de se limitar à correcção de abusos, com vista a proteger o devedor de exageros e iniquidades de credores, mas «não já, para privar o credor dos seus legítimos interesses»⁶⁰.

Estatui o n.º 2 do artigo 812.º que a redução é admitida nas mesmas circunstâncias para os casos de *cumprimento parcial da obrigação*. A este respeito, importa considerar duas possíveis realidades: os casos em que (i) as partes estipularam a cláusula penal para o caso de incumprimento definitivo e o devedor cumpriu parcialmente a obrigação em relação à qual a pena incidia, sem prever o que aconteceria nos casos de cumprimento parcial e, bem assim, aqueles em que (ii) as partes previram a redução da cláusula em caso de cumprimento parcial.

No que concerne ao primeiro conjunto de situações, cabe referir que da redução equitativa plasmada no preceito decorre a possibilidade de ter havido cumprimento parcial e, todavia, não se justificar sequer a redução da pena, quer em virtude do reduzido valor desta⁶¹, quer em virtude de o credor não retirar qualquer utilidade dessa prestação parcial⁶². Daí que se tenha abandonado a opção legislativa de Seabra da modificação proporcional nestes casos, pois, como é frequentemente referido pela doutrina, a manifesta excessividade não é necessariamente resolvida mediante recurso à redução proporcional ao cum-

⁵⁹ Cfr. 2007, p. 272. No mesmo sentido, *vide* PINTO, 2005, p. 596.

⁶⁰ Cfr. 2007, p. 273.

⁶¹ Cfr. MONTEIRO, 1990, p. 746.

⁶² Cfr. SERRA, 1957, p. 49. Também no sentido de associar a redução da cláusula, em casos de cumprimento parcial, à aludida utilidade, *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Maio de 2019, processo n.º 312/07.2TCFUN.L1.S1, nos termos do qual «[e]m casos de incumprimento parcial, a redução da cláusula penal será, em princípio, proporcional à utilidade retirada pelo credor do cumprimento ocorrido».

primento já efectuado. Perfilha deste entendimento Pinto Monteiro, segundo o qual «havendo motivos para modificar a pena [porque manifestamente excessiva], a redução não terá de ser proporcional ao cumprimento ocorrido, antes à luz da utilidade que o credor daí retira»⁶³.

Por sua vez, quanto ao segundo grupo de situações afigura-se que é de manter tudo o que acabara de ser exposto. Com efeito, mesmo que as partes tenham inclusivamente previsto os termos em que a redução se deveria efectuar, havendo cumprimento parcial, pode, ainda assim, haver redução judicial, se tal se justificar, pois como refere Pinto Monteiro, «se, respeitado o critério previamente estabelecido entre si, a redução judicial, ainda assim, se justificar, em face do disposto no art. 812.º, a redução convencional não poderá impedi-la»⁶⁴.

Por fim, e de um modo sucinto, não se pode falar do artigo 812.º sem referir a parte final do respectivo n.º 1, nos termos do qual é nula qualquer estipulação que afaste a possibilidade de eventual redução judicial da pena. Tal evidencia, deste modo, o já aludido *carácter cogente*, mediante a proibição de renúncia antecipada à redução.

Expostos os elementos caracterizadores do mecanismo do artigo 812.º, cremos ser oportuno expor as considerações feitas pela doutrina quanto ao fundamento do mesmo. Adiantam a este respeito Pires de Lima e Antunes Varela⁶⁵ que ao preceito em questão subjaz a razão por que se proíbem os negócios usurários. Assim sendo, é por ser usurária a pena que a lei permite a sua redução equitativa. Em sentido semelhante, Prata⁶⁶ e Menezes Leitão⁶⁷, que consideram estar em causa preceito estabelecido por motivos de tutela da parte mais fraca, com vista a evitar que a esta seja imputada a liquidação, sem mais, do montante, independentemente do seu carácter manifestamente excessivo. Por sua vez, consideram Brandão Proença⁶⁸ e Pinto Oliveira⁶⁹ radicar tal preceito (ainda que de forma não exclusiva) em imperativos de proporcionalidade.

Não negando os fundamentos anteriores, mas invocando ordem de razão mais ampla, Pinto Monteiro advoga que o artigo 812.º traduz uma concreti-

⁶³ Cfr. 1990, p. 746. Ainda que, na prática, propenda para solução semelhante, considera constituir a proporcionalidade o ponto de partida para a redução nestes casos, TELLES, 2011, p. 444.

⁶⁴ Cfr. 1990, p. 747.

⁶⁵ Cfr. 1997, p. 81.

⁶⁶ Cfr. 1985, pp. 638 e 639.

⁶⁷ Cfr. 2018, pp. 301 e 302.

⁶⁸ Cfr. 2015, p. 396. Note-se que este autor considera que a proporcionalidade subjacente ao instituto pode coexistir com os desígnios da boa fé.

⁶⁹ Cfr. 2011, p. 938: «O art. 812.º do Código Civil aplica os princípios (da proibição) do abuso do direito e da boa-fé, concretizados no (sub-)princípio da proporcionalidade».

zação específica do dever de agir de boa fé, previsto no n.º 2 do artigo 762.º, porquanto está em causa «conciliar o respeito devido à autonomia das partes [...] com superiores ditames de justiça material»⁷⁰, visando-se assim «um justo equilíbrio entre as exigências decorrentes do poder de autodeterminação dos contraentes e as que se fundam na dimensão material ou ético-jurídica do direito». Como o autor salienta, prova disso é que está em causa apenas um poder correctivo (e não um caso de invalidação), actuando apenas em circunstâncias excepcionais e dependendo de pressupostos rigorosos. Encerrando a discussão acerca do fundamento do instituto, refere Pinto Monteiro que se aquele fosse, exclusivamente, o que preside à proibição dos negócios usurários, então, o mecanismo do artigo 812.º reportar-se-ia apenas a uma questão de boa fé aquando da estipulação da cláusula penal, o que não se verifica no preceito que constitui objecto da presente dissertação, no qual se averigua, sobretudo, o modo como se exerce o direito à pena, à luz de uma concepção objectiva de boa fé⁷¹.

A este respeito, consideramos que o fundamento subjacente ao artigo 812.º reside na resposta à pergunta que consiste em saber por que motivo é que se reduz a cláusula penal. Como decorre da presente dissertação, procede-se à redução da cláusula penal quando esta se afigura manifestamente excessiva e inequitativa. Assim, são os ditames da justiça do caso concreto que impõem a existência deste mecanismo, o que nos leva a associar o fundamento da redução da cláusula penal aos imperativos da materialidade subjacente e, por conseguinte, da boa fé, pelo que entendemos que só esta constitui o único fundamento geral. Diverso consideramos ser o fundamento da tutela da parte mais fraca, uma vez que não se pode afirmar, de forma categórica, ser sempre o devedor tal sujeito, somando ainda o argumento de a lei já prever mecanismos especiais para esses casos, como é o que se verifica no artigo 935.º. Assim, preconizamos que a tutela da parte mais fraca constitui apenas um fundamento específico, de certas situações.

Tendemos a afastar-nos de forma mais marcada dos invocados argumentos da usura e da proporcionalidade. Relativamente ao primeiro, acompanhamos Pinto Monteiro nas suas considerações e invocamos, ainda, que se a usura servisse de fundamento geral à redução, não haveria necessidade de se estatuir, como se faz no n.º 2 do artigo 1146.º, casos em que a cláusula penal é usurária. Ademais, discordamos de Pires de Lima e de Antunes Varela que dizem que «é por ser usurária a pena que a lei permite a redução». A usura pressupõe um juízo de censura subjectivo, relativo ao comportamento do credor, que o artigo

⁷⁰ *Cfr.* 1990, p. 725.

⁷¹ *Cfr. idem*, pp. 732 e 733.

812.º dispensa. Além disso, a cláusula penal pode ser manifestamente excessiva por causa superveniente, independente da vontade das partes e livre de qualquer interferência daquelas, o que acentua a nossa rejeição deste fundamento, pelo menos a título geral. No que concerne à proporcionalidade, entendemos que, a assumir-se tal entendimento, deverá ser este lido *cum grano salis*, porquanto o objectivo do preceito, como se verá adiante, não consiste em fazer coincidir o montante da pena ao do dano ou o montante da pena ao do do perigo previsto para o incumprimento. O facto de nos casos de cumprimento parcial a redução da cláusula não ter de ser feita na medida da parte que já foi cumprida constitui também um elemento decisivo para a nossa orientação.

2.2.3. O caminho para a redução judicial (perspectiva dos contraentes)

Expostos os principais elementos caracterizadores do mecanismo consagrado no artigo 812.º, urge agora aferir dos pressupostos cuja observância se mostra essencial para que o tribunal possa proceder ao juízo sobre a manifesta excessividade da cláusula penal e, assim a considerando, decidir e proceder à respectiva redução. Deste modo, cumpre falar (i) da exigência creditória do cumprimento da pena, (ii) da possibilidade da redução da pena em casos de prévio pagamento da mesma e, bem assim, (iii) da averiguação da (in)admissibilidade da redução oficiosa.

No que tange à *exigência creditória do cumprimento da pena*, é verdade que a lei é omissa quanto a este ponto, não esclarecendo se, para se proceder à redução judicial, é necessário que o credor tenha, previamente, exigido o respectivo cumprimento, em virtude do inadimplemento da obrigação em relação à qual a cláusula penal se reporta. Todavia, não menos verdade, em razão do entendimento sufragado por Pinto Monteiro⁷² ao qual aderimos, é que tal se afigura necessário e que assim o é por uma questão de coerência jurídica deste instituto. De acordo com este autor, reveste-se da maior imprescindibilidade tal exigência, na medida em que, antes de o devedor inadimplir e, consequentemente, incorrer na pena, esta não é sequer exigível, nem se mostra possível o apuramento, por parte do tribunal, da eventual excessividade daquela, porquanto este procederá, para o efeito, a juízos de equidade que impõem necessariamente a averiguação de circunstancialismos dependentes do inadimplemento verificado, bem como dos prejuízos daí decorrentes. Ademais, advoga ainda este autor que, caso o tribunal reduzisse a pena antes da infracção, estaria,

⁷² Cfr. 1990, pp. 734 e 735.

com isso, não a controlar o exercício abusivo da pena, mas sim «a modificar o conteúdo do contrato». Ora, como já vimos anteriormente, a modificação é um conceito mais abrangente do que o consagrado no artigo 812.º, não presupondo o funcionamento daquele o inadimplemento obrigacional. Na senda desta argumentação, salienta ainda o autor em estudo que, antes de exigida a pena pelo credor, não poderá o devedor oferecer o seu pagamento, porquanto o primeiro é livre de promover a execução específica, redundando assim uma eventual fiscalização antecipada em operação precipitada e até, nas palavras de Pinto Monteiro, «inútil».

Questão subsequente prende-se em averiguar do *não pagamento da pena pelo devedor como eventual pressuposto essencial à redução*, entendimento menos líquido face ao ponto anterior. Com efeito, referia Vaz Serra nos trabalhos preparatórios do presente Código que não deveria haver lugar à redução caso o devedor já tivesse pago a pena⁷³, por considerar que tal circunstância traduziria um comportamento extrajudicial indiciador da intenção da manutenção da pena *qua tale*. A este respeito, Pinto Monteiro⁷⁴ refere entender tal orientação, por reconhecer que a ausência de reacção do devedor face à excessividade da pena, tendo-a pago, sem reserva, é um forte indício de que concordou com esta aquando da exigência da mesma por parte do credor e que se poderia considerar uma redução superveniente desencadeada por aquele como uma ameaça à certeza jurídica, comprometendo-se assim fortemente a confiança do credor na definitiva resolução do litígio. Não obstante a consciência destes riscos, defende o visado autor que o significado a atribuir ao pagamento da pena pelo devedor é, tão-só, o de uma presunção, ilidível, de que este não deseja a redução daquela, o que não obstará, evidentemente, a que este venha a reagir posteriormente, provando a manifesta excessividade da pena paga. Para reforçar tal teoria, recorre Pinto Monteiro⁷⁵ à confirmação, enquanto via de sanção do negócio anulável, referindo que se aquela só será eficaz, nos termos do artigo 288.º, n.º 2, quando for posterior à cessação do vício que serve de fundamento à anulabilidade e o seu autor tiver conhecimento do vício e do direito à anulação, então tal poderia ser aplicável analogicamente ao caso *sub judice*, para justificar que o pagamento da pena não constituísse, necessariamente, factor impeditivo de uma reapreciação posterior do carácter abusivo da pena paga.

A este respeito, consideramos que o argumento invocado por Pinto Monteiro, relativo ao recurso analógico ao artigo 288.º, n.º 2, é mais ponde-

⁷³ Cfr. 1957, p. 46.

⁷⁴ Cfr. 1990, p. 738.

⁷⁵ Cfr. *idem*, n.r. 1658.

roso num cenário em que o objectivo seja o da invalidação da cláusula e não o da sua redução, porquanto refere-se o artigo ao conhecimento do vício e nos casos do artigo 812.º a pena poder ser manifestamente excessiva por motivos supervenientes, alheios à esfera da influência e da interferência das partes, que ultrapassam os vícios da vontade e aproximam-se da alteração das circunstâncias. Ainda assim, julgamos que tal argumento revestirá a maior utilidade para os casos em que o devedor, tendo pago a pena, a queira posteriormente invalidar, por via dos termos gerais referidos no ponto 1 da Parte II da presente dissertação.

Focando-nos na questão mais geral da necessidade, ou não, do não pagamento da pena, tendemos a concluir que, via de regra, o devedor não a poderá pagar caso pretenda requerer a respectiva redução, porquanto entendemos que não nos podemos abstrair da conclusão manifesta do pagamento, como indício da concordância com o montante. Julgamos que só assim não o será (e que o devedor poderá solicitar a redução da pena, mesmo já a tendo pago) caso o devedor (i) prove que, no momento em que procedeu ao pagamento, era apenas possível determinar a existência de danos, mas não a sua concreta extensão e (ii) tenha previamente, com o pagamento, reservado expressamente a possibilidade de discutir posteriormente tal questão.

É tempo de saber se também se situa necessariamente na esfera dos contraentes (*maxime*, do devedor) o impulso tendente à redução da cláusula penal. Está assim em causa averiguar se, face à exigência do cumprimento da pena por parte do credor, terá o devedor de apelar à referida redução ou se, diversamente, poderá o tribunal fazê-lo por sua própria e exclusiva iniciativa.

Recorrendo primeiramente à letra da lei, tender-se-á a concluir pela omissão⁷⁶ do legislador quanto a este aspecto, porquanto se limita a dizer, no artigo 812.º, que a cláusula penal «*pode ser reduzida pelo tribunal*», não especificando a natureza do impulso dirigido à mesma⁷⁷. Não sendo a letra clara, importa atentar na análise da doutrina feita a este respeito e, bem assim, verificar o modo como os tribunais, eventuais destinatários desta questão, a têm entendido.

⁷⁶ Também em matéria de cláusulas penais em contratos internacionais tal questão não encontra resposta. Como decorre do artigo 8.º das Regras Uniformes da CNUDCI de 1983, relativas às cláusulas contratuais estipulando o pagamento de uma quantia em caso de incumprimento, «a soma acordada não pode ser reduzida por um tribunal ou por um tribunal arbitral a menos que ela seja substancialmente desproporcionada em relação ao prejuízo sofrido pelo credor». *Vide* SOARES/RAMOS, 1986, p. 303: «a omissão internacional é estratégica, tendo em vista a resolução desta questão pelos direitos nacionais».

⁷⁷ *Cfr.* SILVA, 2007, p. 275, n.r. 502: de uma interpretação exclusivamente literal do preceito, poderia o intérprete ser levado a concluir pela admissibilidade da oficiosidade, porquanto inexistia naquele, referência a algum pedido do devedor.

No sentido da *inadmissibilidade da redução oficiosa da cláusula penal*, recorre desde logo a doutrina ao argumento da conexão sistemática do artigo 812.º com outros preceitos do Código Civil. Trata-se de um exercício de interpretação sistemática que impõe a convocação do sistema em que a norma se integra e a relação de um concreto preceito com as demais disposições, mais próximas ou distantes, como decorrência da unidade do sistema jurídico⁷⁸ e do princípio da igualdade, constante do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, na medida em que aquilo que é igual deverá ser tratado de forma igual em todo o sistema jurídico⁷⁹. Assim, de entre as várias interpretações possíveis segundo o sentido literal, deverá prevalecer a que assegure a concordância material com outra disposição⁸⁰. Transpondo o exposto para o caso em apreço, a interpretação sistemática do artigo 812.º determina (i) a averiguação de preceitos que apresentem semelhanças com aquele e, havendo-os, (ii) interpretar o artigo 812.º de acordo com esses, na exacta medida da semelhança verificada.

É com base nesta interpretação que Pires de Lima e Antunes Varela⁸¹ identificam semelhanças entre o artigo 812.º e o 282.º, uma vez que é por ser usurária que a pena será reduzida. Com base nesta identidade, postulam os referidos autores que, embora não decorra expressamente da letra da lei, a redução terá de ser pedida pelo devedor, em virtude de se submeter, via de regra, os negócios usurários ao regime da anulabilidade (como decorre do artigo 282.º), a qual, ao contrário da nulidade, não é de conhecimento oficioso⁸². Constatamos que também o artigo 283.º, relativo à modificação, redundaria, à luz de uma interpretação sistemática, no afastamento da possibilidade da redução oficiosa, porquanto estatui o n.º 1 deste preceito que «o lesado pode requerer a modificação do negócio», podendo, bem assim, a parte contrária, ao abrigo do n.º 2, opor-se à anulação e declarar aceitar a modificação. Perfilhando deste entendimento e desenvolvendo-o em relação aos casos de superveniente manifesta excessividade da pena, convoca Menezes Leitão⁸³ o artigo 437.º, na medida em que o n.º 2 desse preceito se refere ao requerimento da resolução do contrato por alteração anormal das circunstâncias, o que afasta a possibilidade de redução oficiosa. Ainda no âmbito sistemático, refere Menezes Cordeiro⁸⁴ que o facto

⁷⁸ Cfr. ALMEIDA, 2014, p. 48.

⁷⁹ Cfr. SOUSA, 2012, p. 361.

⁸⁰ Cfr. LARENZ, 2012, p. 458.

⁸¹ Cfr. 1997, p. 81.

⁸² No mesmo sentido, vide PASINI, 2007, p. 246.

⁸³ Cfr. 2018, p. 302.

⁸⁴ Cfr. 2017, p. 494. De acordo com este autor, acresce ainda o argumento de o devedor preferir, não obstante o excesso, cumprir escrupulosamente aquilo a que se obrigou, com vista a preservar o seu bom nome na praça.

de a remissão revestir carácter contratual (n.º 1 do artigo 863.º) constitui um indício tendente ao afastamento da oficiosidade na redução da cláusula penal.

Uma segunda ordem de argumentos radica na própria natureza do preceito e, bem assim, na concludência da atitude que o devedor venha a tomar. Recorrendo a Pinto Monteiro, a resolução desta *vexata quaestio* dependerá do alcance que se confira ao carácter cogente do artigo 812.º. Assim sendo, e como refere o visado autor⁸⁵, ser este preceito uma norma de ordem pública significa não ser permitida convenção das partes que afaste esse poder de redução judicial, mas já não que o tribunal possa reduzir oficiosamente pena manifestamente excessiva⁸⁶. Sendo essa a magnitude do carácter cogente, mister é, então e na esteira do aludido autor, que a protecção do devedor se cinja à proibição de uma renúncia antecipada ao pedido de redução judicial, remediando assim a sua eventual fraqueza ou precipitação. Como tal, de acordo com este autor, a questão do impulso tendente à redução constitui circunstância que decorre apenas no campo da autonomia privada. Daí entender que se, exigida a pena, o devedor não solicitar a sua redução, tal significará que ele não a acha abusiva, inexistindo título que legitime a intervenção judicial, cabendo assim ao tribunal respeitar a vontade daquele, ao invés de o substituir.

Do ponto de vista processual, cabe ainda frisar a incoerência entre a redução oficiosa e o princípio dispositivo, com a inerente ideia de auto-responsabilidade das partes⁸⁷. O princípio dispositivo traduz, nomeadamente e de um modo geral, a liberdade de decisão sobre a instauração do processo e sobre a conformação do seu objecto. Trata-se de princípio reflector, no plano processual, do princípio da autonomia privada, norteadora do direito substantivo, uma vez que, partindo de uma concepção exclusivamente privatística do processo, as partes teriam o direito de dispor do processo em termos equivalentes àqueles em que lhes é lícito dispor da relação jurídica material⁸⁸. O dispositivo, no âmbito do Processo Civil, acarreta a ideia de auto-responsabilidade das partes, na medida em que o autor e o réu são responsáveis pelo processo e pela orientação que lhe imprimem, responsabilizando-se, designadamente, pela assunção das consequências negativas (desvantagens ou perdas de vantagens)

⁸⁵ *Cfr.* 1990, pp. 735-737.

⁸⁶ Neste sentido, *vide* ainda PROENÇA, 2015, p. 397.

⁸⁷ Numa interpretação mais intermédia quanto à constatação dessa incoerência, *vide* OLIVEIRA, 2008, p. 136: uma vez que o direito adjectivo serve para a realização das normas do direito objectivo material e dos interesses ou direitos nele fundados, a redução oficiosa só seria inadmissível, ao abrigo deste prisma, caso não permitisse uma realização daqueles.

⁸⁸ XAVIER/FOLHADELA/CASTRO, 2014, p. 140.

decorrentes da omissão de actos que a lei processual imponha⁸⁹. Tal ordem de entendimentos levará então a considerar que a redução oficiosa da cláusula penal conflitará com o princípio dispositivo, na vertente da auto-responsabilidade das partes, porquanto deste decorre que a inércia das partes redunde inevitavelmente em prejuízo delas, não podendo então ser suprida pela iniciativa do juiz⁹⁰. Transpondo tais considerações para o caso em estudo, tal significará que, não pedindo o devedor a redução da cláusula penal, deverá então assumir as consequências de tal omissão, não podendo o tribunal reduzir, *ex officio*, a pena. Ainda no âmbito dos argumentos de índole processual, cumpre não esquecer a referência de Calvão da Silva⁹¹, de que a redução oficiosa da cláusula penal poderia redundar, no limite, em julgamento *ultra petitem*. No domínio do direito adjectivo cabe, por fim, atentar na observação feita por Brandão Proença⁹², segundo o qual a inadmissibilidade da redução oficiosa é a solução que melhor se coaduna do ponto de vista do Processo Civil, em face da alegação e prova da manifesta excessividade.

Acompanhando esta corrente, cabe agora aferir da determinação das condutas do devedor que valham como pedido de redução. A este respeito, referem Pires de Lima e Antunes Varela⁹³ que o pedido poderá ser formulado pelo devedor⁹⁴, tanto por via de acção ou de reconvenção, como por meio de excepção peremptória. Pinto Monteiro aumenta o espectro de comportamentos admissíveis a título de pedido de redução judicial, referindo que «basta, para o efeito, uma atitude do devedor que deixe perceber, ainda que só de modo implícito, um desacordo seu relativamente ao montante exigido, em razão do excesso do mesmo, ainda que não haja formulado um pedido formal de redução da pena»⁹⁵. Consta-se assim um esforço⁹⁶, por parte dos adeptos desta tese, em evitar que a inadmissibilidade da redução oficiosa da cláusula penal redunde numa sobrevalorização da autonomia privada, mediante a amplitude reconhecida de comportamentos debitórios concludentes da intenção de proceder à redução da pena.

⁸⁹ Cfr. *idem*, p. 144.

⁹⁰ Cfr. OLIVEIRA, 2008, p. 136: de acordo com este autor, tal seria a consequência que, num plano puramente teórico, a inércia do devedor quanto à redução da cláusula acarretaria.

⁹¹ Cfr. 2007, p. 275, n.r. 502.

⁹² Cfr. 2015, p. 397.

⁹³ Cfr. 1997, p. 81.

⁹⁴ Após lhe haver sido exigida a pena, judicial ou extrajudicialmente. *Vide*, neste sentido, COSTA, 2014, p. 801.

⁹⁵ Cfr. 1990, p. 736, n.r. 1654.

⁹⁶ Esforço esse reconhecido por OLIVEIRA, 2008, pp. 133 e 134.

No que respeita aos comportamentos potencialmente tradutores de pedido de redução judicial, tendemos a perfilhar da concepção ampla apontada por Pinto Monteiro, porquanto consideramos ser uma solução de compromisso, na medida em que, não desconsiderando a necessidade de iniciativa debitória atinente à redução da pena, permite ao tribunal ajuizar situação configurada pelo devedor como abusiva, ainda que inexistindo pedido expresso a esse respeito. Não obstante, entendemos que tem de haver uma correcta delimitação de tais comportamentos, na medida em que têm de estar em causa indícios de discordância relativa ao montante exigido a título de pena. Queremos com isto dizer que situação diversa à apontada por Pinto Monteiro é aquela em que o devedor/réu, em sede de defesa, se limita a dizer que a pena não lhe é devida, nada dizendo quanto ao concreto montante daquela. Cremos a este respeito que, na ausência de pedido subsidiário de redução da pena (para a eventualidade de o tribunal a considerar devida), tal discordância quanto à sua exigibilidade não poderá constituir comportamento concludente que legitime o tribunal a proceder à redução da cláusula. Isto porque consideramos que a existência de responsabilidade (*i.e.*, saber se a pena é ou não devida) trata-se de realidade diversa da extensão de responsabilidade (*i.e.*, quanto é que é devido a título de pena) e que hipotéticos pedidos decorrentes de ambos os pressupostos traduziriam, não só diferentes causas de pedir, como também contraditórias. Constata-se assim que os indícios apontados por Pinto Monteiro partem do pressuposto de que existe responsabilidade, que a pena é devida, mas não no montante previamente fixado, o que colide com os indícios de que a pena não é sequer devida. Assim, não poderá servir o argumento apontado por este autor aos casos em que o devedor/réu se limita a tomar posição (em sentido negativo) quanto à existência, ou não, de responsabilidade.

Ainda que em sentido minoritário, não menos importante se afigura o conhecimento dos argumentos tendentes à defesa da *admissibilidade da redução oficiosa*⁹⁷ da cláusula penal.

Nos trabalhos preparatórios do actual Código Civil, preconizava Vaz Serra que o juiz deveria poder reduzir as penas que julgasse excessivas, mesmo nos casos em que o devedor não o requeresse, considerando o autor ser essa a solução mais coerente com o facto de a redução da pena convencional radicar em

⁹⁷ O ordenamento jurídico francês postula expressamente a intervenção oficiosa do tribunal a este respeito. Veja-se o *Article 1231-5*, que considera a possibilidade de o juiz poder, mesmo que oficiosamente, reduzir ou aumentar a pena nos casos de esta ser manifestamente excessiva ou irrisória (acesso ao *Code Civile* acedido em: 13-05-2022, em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=26FA7FB3A34274D30D281225A6234C99.tplgfr35s_2?idSectionTA=LEGISC TA000032009929&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190728).

considerações de ordem social e moral⁹⁸. Ainda assim, Vaz Serra não descurava os indícios debitórios de aceitação da pena, porquanto postulava que «se o devedor, pelo seu comportamento no processo ou fora dele, revela que não deseja a redução da pena, parece que ela não deve ser reduzida, por não haver motivo para que a vontade do juiz prevaleça sobre a do devedor»⁹⁹. Daí que, na proposta de articulado, tenha procedido à redacção, no n.º 1 do respectivo artigo 7.º, de que «as penas convencionais devem ser reduzidas pelo juiz, de acordo com a equidade [...] excepto se o devedor, pelo seu comportamento no processo ou fora dele, revelar que não deseja a redução ou se a pena tiver sido cumprida»¹⁰⁰.

Contudo, cabe reforçar que a defesa da tese da admissibilidade da redução oficiosa não acabou em Vaz Serra, perdurando ao longo do tempo, até à doutrina hodierna. Assim sendo, cumpre atentar, principalmente, nos argumentos apontados por Pinto Oliveira, que se debruça particularmente sobre esta questão.

Este autor começa por referir que a admissibilidade, ou não, da redução oficiosa da cláusula penal depende do resultado a que se chegar após uma ponderação entre o princípio da autonomia privada e o da boa fé. Como salienta¹⁰¹ com base nos ensinamentos de Canaris, o princípio da autonomia privada encontra-se associado a uma concepção formal de justiça e a uma concepção subjectiva de equilíbrio entre a prestação e a contraprestação, ao abrigo das quais se atribui aos indivíduos a faculdade de determinarem o conteúdo do contrato, impondo-se ao Estado o dever de respeitar esse conteúdo. Diversamente, subjaz ao princípio da boa fé uma concepção material de justiça e uma concepção objectiva de equivalência entre a prestação e a contraprestação, o que significa que se concede ao Estado a faculdade de determinar, através de actos legislativos e/ou jurisdicionais, o conteúdo do contrato e, bem assim, de o determinar independentemente da vontade das partes, impondo aos indivíduos o dever de respeitar tal determinação. Assim sendo, concebe Pinto Oliveira que, por via de analogia entre o impulso da redução da pena e a inadmissibilidade das cláusulas de renúncia antecipada àquela, seja possível encontrar, em todo o artigo 812.º, a prevalência de preocupações de ordem pública¹⁰², coincidentes com uma concepção material de justiça, permissivas, portanto, da intervenção estatal

⁹⁸ *Cfr.* 1957, p. 46.

⁹⁹ *Cfr. idem.*

¹⁰⁰ *Cfr. idem.*, p. 62.

¹⁰¹ *Cfr.* 2008, p. 138.

¹⁰² No mesmo sentido, *vide*, PRATA, 1985, p. 642, n.r. 1157: considera a autora que a mutabilidade judicial da cláusula penal consagrada no artigo 812.º assenta em princípios de ordem pública, o que

no âmbito da liberdade contratual. Então, a decorrência lógica desta ordem de raciocínio permitirá que o intérprete conclua pela identidade entre as razões de ordem moral e social que permitem ao juiz declarar oficiosamente a nulidade das cláusulas de renúncia antecipada à redução da pena e as razões que devem permitir a redução oficiosa da cláusula penal, logrando-se, assim, chegar, no âmbito de exercício de interpretação sistemática, à solução mais coerente com a contida na segunda parte do n.º 1 do artigo 812.º.

Pinto Oliveira questiona ainda a doutrina tendente à inadmissibilidade da redução oficiosa no que concerne ao valor por esta atribuído ao silêncio do devedor, considerando arriscado que se assuma, sem mais, que a inércia deste exprima necessariamente a aceitação de uma pena manifestamente excessiva. Para este autor, tal poderá não ser assim, como é evidente nos casos de revelia do devedor/réu, em que a omissão de pronúncia da parte deste, motivada única e exclusivamente pela sua não intervenção no processo, não pode traduzir concordância ou discordância com a correcção judicial do conteúdo do contrato, reforçando a ideia de que o silêncio é, em si mesmo, insignificativo.

A este respeito, consideramos que, ainda que se conceba o entendimento de se atribuir ao silêncio motivado por revelia do devedor/réu um valor neutro, o mesmo não poderá ser equacionado para os casos em que o devedor/réu contesta mas não evidencia, nem sequer implicitamente, sinais de discordância quanto ao montante da pena. Ou seja, passamos dos casos em que não há, sequer, contestação, para aqueles em que, havendo, o devedor/réu não impugna certos factos, nomeadamente a soma devida a título de cláusula penal. Neste segundo grupo de casos, apelamos necessariamente às regras do Processo Civil, *maxime* para os artigos 573.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, nos termos do qual toda a defesa deve ser deduzida na contestação, e 574.º, n.º 1, do mesmo diploma, em que se estatui que, ao contestar, deve o réu tomar posição definida perante os factos que constituem a causa de pedir invocada pelo autor, considerando-se, via de regra, admitidos por acordo os factos que não forem impugnados (*cf.* respectivo n.º 2). Ora, o (i) princípio da concentração da defesa na contestação, segundo o qual o réu deve incluir na sua peça processual todos os meios de defesa de que disponha¹⁰³, (ii) o princípio da preclusão, de onde decorre que todos os meios de defesa não invocados pelo réu ficam prejudicados, não podendo ser alegados mais tarde¹⁰⁴ e, sobretudo, (iii) a ideia

implica que tal mecanismo deva ser activado oficiosamente pelo tribunal, independente de pedido do devedor.

¹⁰³ *Cfr.* GERALDES/PIMENTA/SOUSA, 2018, p. 645.

¹⁰⁴ *Cfr. idem.*

basilar¹⁰⁵ do ónus de impugnação que impende sobre o réu, com a consequente cominação, via de regra, da admissão desses factos por acordo levam a concluir, invariavelmente, que nestes casos o silêncio do devedor/réu tem valor e que esse valor é o da aceitação do montante da pena¹⁰⁶.

Voltando ao estudo de Pinto Oliveira, postula este autor a admissibilidade da renúncia sucessiva, distinta da renúncia antecipada (esta sim, expressamente proibida pelo artigo 812.º). O entendimento da admissibilidade da primeira radica, na perspectiva deste autor, na consideração de que proibi-la seria insustentável, quer em virtude do articulado de Vaz Serra¹⁰⁷, quer ao abrigo de uma óptica de respeito mínimo pela liberdade contratual. Assim sendo, sufraga Pinto Oliveira que a admissibilidade da renúncia sucessiva é compatível¹⁰⁸ com a redução oficiosa da cláusula penal, não comprometendo esta a autonomia do devedor de decidir sobre a atitude a tomar. Isto porque, no seu entendimento, seria sempre respeitado, em primeiro lugar, o momento para o devedor mostrar o seu eventual desacordo com o montante da pena. Só não o fazendo, e considerando o tribunal aquela como manifestamente excessiva, é que se procederia à redução oficiosa¹⁰⁹.

Também a conexão sistemática, apontada pela doutrina da inadmissibilidade da redução oficiosa, entre o artigo 812.º e os artigos 282.º, 283.º e 437.º é questionada por Pinto Oliveira, advogando que a redução oficiosa da cláusula penal não colide, «nem lógica nem teleologicamente», com a anulabilidade constante do artigo 282.º nem com a resolução do contrato ao abrigo do artigo 437.º (na vertente da resolução), na medida em que considera não existir estrita conexão sistemática entre estes preceitos, uma vez que, diversamente do artigo 812.º, o artigo 282.º pressupõe o aproveitamento consciente de uma situação de inferioridade e também pelo facto de, tanto a anulação como a resolução acarretarem uma maior gravidade das suas consequências¹¹⁰. Assim, considera o autor que a menor gravidade dos efeitos da redução plasmada no artigo 812.º coadunar-se-ia com a desnecessidade de um pedido de redução da pena.

Face ao exposto, tendemos a sufragar que, ainda que se admita a inexistência de uma estrita conexão sistemática que conduza à inadmissibilidade da

¹⁰⁵ *Cfr. idem*, p. 647.

¹⁰⁶ Só assim não o seria se o devedor/réu tomasse conhecimento (*maxime*, consciência) da excessividade manifesta após a contestação (artigo 573.º, n.º 2, do CPC) ou se os factos não impugnados estivessem em oposição com a defesa considerada no seu conjunto (artigo 574.º, n.º 2, do CPC).

¹⁰⁷ *Cfr.* 1957, pp. 62 e 63.

¹⁰⁸ *Cfr.* 2008, p. 140.

¹⁰⁹ *Cfr. idem*, p. 133.

¹¹⁰ *Cfr. idem*, p. 160.

redução oficiosa, mister é que não se olvide a relação entre (i) a intervenção judicial num campo marcadamente privado, regido pela liberdade contratual, (ii) a gravidade dos pressupostos e, bem assim, (iii) das consequências de cada instituto jurídico. Quer com isto dizer-se que, ao abrigo de um argumento *a fortiori*, na sua formulação *a maiori ad minus*, na vertente de que se o “mais” não produz certo efeito jurídico, então também o “menos” não o pode produzir¹¹¹, transposto para a comparação em apreço em que nos atemos à intervenção judicial e consequente compressão da autonomia privada, constatamos que, se nos casos “mais” (do ponto de vista da maior gravidade dos efeitos), de anulação e resolução, que revestem maior gravidade, não há uma limitação da autonomia privada concretizada na intervenção oficiosa, então, no caso “menos” (porquanto os respectivos efeitos são menos gravosos) de redução judicial, não poderá também o tribunal intervir oficiosamente.

Não obstante o exposto, cabe de seguida referir aquele que parece consubstanciar o principal argumento de Pinto Oliveira, relacionado com o abuso do direito, na senda da aferição do alcance da conexão sistemática entre a redução da cláusula penal e a modificação de negócio usurário ou de negócio afectado por alteração anormal das circunstâncias. De acordo com este autor, é possível que a modificação de negócio usurário ou do conteúdo de contrato afectado por alteração anormal das circunstâncias radique numa situação de concurso¹¹² entre os artigos 282.º, 283.º ou 437.º, por um lado, e o artigo 334.º, por outro, na medida em que o credor incorra em abuso do direito, por exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé. Nestes casos, considera Pinto Oliveira que tal modificação deverá ser oficiosa, porquanto baseada em motivos de abuso do direito. Quer com isto dizer que, com base na análise de Hörster sobre o abuso institucional e o abuso individual do direito subjectivo¹¹³, a ponderação dos bens jurídicos conflitantes no caso concreto levará a perfilhar a tese da

¹¹¹ Cfr. SOUSA, 2012, p. 443.

¹¹² Cfr. 2008, p. 165.

¹¹³ Vide, *apud, idem*, p. 167: refere OLIVEIRA que HÖRSTER, inspirando-se na obra de ESSER-SCHMIDT, contrapõe o abuso institucional do direito subjectivo (em que o direito subjectivo é invocado para fins que estão fora dos objectivos ou funções para os quais ele foi atribuído pela norma) e o abuso individual do direito subjectivo (no qual se verifica o exercício do direito em que, mediante invocação da norma, se incorre em contradição com a ideia de justiça). Assim, o abuso institucional deveria ser de conhecimento oficioso, na medida em que a verificação dos limites imanentes a um direito subjectivo invocado constitui incumbência do tribunal, ao passo que no abuso individual a solução deveria variar consoante houvesse, ou não, um interesse protegido. Havendo, dever-se-ia propugnar também o conhecimento oficioso. Com base nesta contradição, OLIVEIRA enuncia que HÖRSTER se inclina para «admitir o conhecimento oficioso [do abuso do direito], face à proximidade com o abuso institucional».

admissibilidade do conhecimento oficioso do abuso do direito patente em tais situações. Assim, sendo o abuso do direito de conhecimento oficioso, devê-lo-á ser, igualmente, a modificação prevista nos artigos 283.º e 437.º. Chegado a esta conclusão, considera o autor poder este raciocínio ser transposto, por via da conexão sistemática, ao artigo 812.º porquanto este, à semelhança das situações consagradas nos artigos 283.º e 437.º abrange o pressuposto (eventual) do exercício abusivo do credor. Concluindo, considera Pinto Oliveira que se afigura inevitável associar a admissibilidade do conhecimento oficioso do abuso do direito à admissibilidade de o juiz reduzir oficiosamente a pena¹¹⁴.

A este argumento de ordem dogmática, salienta ainda Pinto Oliveira outro, já de índole pragmática, assente na regra da equiparação entre o pedido explícito e o pedido implícito de redução da pena¹¹⁵, uma vez que a oficiosidade dispensará o juiz do encargo de percorrer as peças processuais procurando indícios de uma atitude do devedor concludente do desacordo deste com o montante da pena.

Adoptando uma tese, *prima facie*, qualificada como *intermédia*, encontramos Menezes Cordeiro, segundo o qual não se deverá proceder, em princípio, a uma redução oficiosa da pena convencional. Refere o autor que só assim não o será na «hipótese extrema de o excesso ser de tal ordem que a sua exigência se configure abusiva»¹¹⁶, porquanto distingue o exercício abusivo de cláusula penal, conflituante com a boa-fé e os dados básicos do sistema e a sujeição da cláusula penal ao artigo 812.º, n.º 1, relacionada com uma correcção a introduzir num contrato livremente celebrado e que deve ser em princípio respeitado. Verificamos então que não está em causa uma tese intermédia, mas sim a análise dos preceitos referentes à mutabilidade da cláusula penal de um outro prisma, uma vez que tendemos a considerar que, para Menezes Cordeiro, o artigo 812.º encerra, não casos graves em que a estipulação de pena manifestamente excessiva traduza abuso do direito, mas apenas casos em que a manifesta excessividade se evidencia por simplesmente inequitativa, carecendo, portanto, de redução. Assim, concluímos que, para este autor, a redução oficiosa só será permitida por via do mecanismo geral plasmado no artigo 334.º, mas não com base no artigo 812.º, afastando-se por isso de Pinto Oliveira, que tende a interpretar conjugadamente ambos os preceitos.

¹¹⁴ Considerando, a este respeito, que se o juiz deve conhecer oficiosamente do abuso do direito de exigir benefícios excessivos ou injustificados, ou o cumprimento de obrigações de forma que afecte gravemente os princípios da boa fé, deverá, igualmente, conhecer oficiosamente do abuso do direito de exigir uma pena desproporcionada ou excessiva. *Cfr.* 2008, p. 170.

¹¹⁵ *Cfr. idem*, p. 171.

¹¹⁶ *Cfr.* 2017, p. 494.

Verificamos então que existem argumentos ponderosos a favor de ambas as teses, não obstante a constatação do acolhimento maioritário da tese da inadmissibilidade pela doutrina e também pela jurisprudência, que tende a exigir um pedido do devedor¹¹⁷ com vista à redução. Verificamos ainda, como refere Pinto Oliveira¹¹⁸, que nenhuma das teses apresenta carácter extremista, porquanto a inadmissibilidade da oficiosidade não exacerba a autonomia privada, ao admitir pedidos implícitos de redução, e também porque, ao abrigo dos defensores da oficiosidade, o tribunal só agirá no sentido da redução caso o devedor não renuncie expressamente a esta.

Consideramos que a tomada de posição quanto a este tema depende (i) da identificação dos interesses em jogo, (ii) da natureza que se atribua aos interesses subjacentes à redução, (iii) de um juízo acerca dos mesmos, com vista a aferir qual deles deve assumir prevalência e, bem assim, (iv) do exercício interpretativo do preceito de forma holística, tendo em conta a sua letra, história, contexto e teleologia. Deixaremos as nossas restantes conclusões quanto a este assunto para a parte da dissertação dedicada às considerações finais.

2.2.4. *O caminho para a redução judicial (perspectiva do tribunal)*

A decisão do tribunal no sentido da redução da pena é, necessariamente, precedida de juízo tendente à averiguação do “carácter manifestamente excessivo” da mesma. Cumpre então destacar os critérios com base nos quais o juiz norteará tal juízo e, bem assim, a natureza jurídica dessa avaliação.

Como salienta Prata¹¹⁹, trata-se de conceito indeterminado que se distingue do disposto na al. c) do artigo 19.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais

¹¹⁷ Vide o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de Outubro de 2017, processo n.º 330/16.0T8PRT.P1: «O uso da faculdade de redução equitativa da cláusula penal, concedida pelo artigo 812.º do Código Civil, depende do pedido do devedor da indemnização que também tem o ónus de alegar e provar os factos que eventualmente integrem desproporcionalidade entre o valor da cláusula estabelecida e o valor dos danos a ressarcir» e, no mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de Janeiro de 2015, processo n.º 110/10.6TVPR.T.P1. Vide, ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de Setembro de 2017, processo n.º 47/15.2T8FCR-A.C1: «no artigo 812.º, caso em que teria de ser pedida por aquele a quem aproveita». Partindo igualmente do pressuposto do pedido de redução por parte do devedor, mas prescindindo, na esteira de PINTO MONTEIRO, da necessidade de um pedido expresso, vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de Setembro de 2018, processo n.º 24854/15.7T8PRT-B.P1: «O uso da faculdade de redução equitativa [...] depende dos seguintes pressupostos [...] pedido de redução, expresso ou implícito, formulado pelo devedor».

¹¹⁸ Cfr. 2008, pp. 133 e 134.

¹¹⁹ Cfr. 2017, p. 1024.

Gerais, ao abrigo do qual se postula a proibição de cláusulas desproporcionadas aos danos ressarcir. Como refere a autora, uma cláusula “manifestamente excessiva” não se confunde necessariamente com uma cláusula “desproporcional aos danos a ressarcir” porquanto, baseando-se esta numa realidade económica mais clara, traduz uma aplicação mais previsível no seu *quantum*, não tendo em vista a própria cláusula (como ocorre no artigo 812.º), mas tão-só as consequências da sua aplicação¹²⁰. Acresce que, segundo a autora, pode uma cláusula desproporcionada em relação aos danos a ressarcir não coincidir necessariamente com uma cláusula manifestamente excessiva. Diversamente, sendo a cláusula manifestamente excessiva, afigura-se seguro afirmar que será esta, na maior parte das vezes, desproporcionada quanto aos danos¹²¹.

Movido pelo desiderato de concretizar o conceito indeterminado da manifesta excessividade, refere Pinto Monteiro¹²² que o funcionamento do mecanismo constante do artigo 812.º não se basta com a mera superioridade da pena em relação ao dano efectivo. De facto, tal constitui um indício, mas não legítima, *per se*, a redução. Cabe então, no seu entendimento, ao tribunal atender à finalidade¹²³ com que a pena foi estipulada, tendo então tal superioridade maior relevância, *prima facie*, nas cláusulas penais munidas de função indemnizatória. A este respeito, refere que uma pena poderá não ser manifestamente excessiva se tiver sido estipulada com intuitos compulsórios, mas sê-lo na eventualidade de ter sido acordada a título de liquidação antecipada do dano¹²⁴. Concretiza o exposto Menezes Cordeiro¹²⁵, referindo que nas cláusulas de fixação antecipada da indemnização, a manifesta excessividade resultará da desproporção entre o prejuízo efectivo e o montante da pena, aludindo a este respeito à tradição canónica, nos termos da qual a pena igual ou superior ao dobro do dano causado se afigurava manifestamente excessiva, ao regime do sinal e, bem assim, ao dos juros usurários constante do artigo 1146.º, para evidenciar que tais «cifras dão, ao julgador, uma referência: perante um incumprimento [...] será manifestamente excessiva a cláusula que ultrapasse o valor da prestação em

¹²⁰ *Cfr. idem.*

¹²¹ *Cfr. idem.*

¹²² *Cfr.* 1990, p. 739.

¹²³ Note-se que é também este o entendimento acolhido pela maioria da jurisprudência portuguesa. *Vide*, neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20 de Junho de 2017, processo n.º 95/05.0TBCTB-H.C1: «Para que essa redução aconteça, não basta que essa cláusula seja excessiva, exigindo-se que ela se revele manifestamente excessiva, isto é, francamente exagerada ou desproporcionada às finalidades que presidiram à sua estipulação e ao conteúdo do direito que se propõe realizar».

¹²⁴ *Cfr.* 1990, pp. 739 e 740.

¹²⁵ *Cfr.* 2017, pp. 496 e 497.

falta, acrescido dos juros máximos assim permitidos por lei»¹²⁶. Diversamente, refere este autor que nos casos de cláusula penal compulsória ou de cláusula penal *strictu sensu*, não se poderá lidar com o prejuízo real como referência para o excesso, na medida em que este é necessário para se evitar a inutilidade da dimensão compulsório-penal¹²⁷. Nestes casos, considera o autor que o referencial a tomar será, sim, o da ameaça¹²⁸, postulando, por isso, que «a sindicância do tribunal vai ponderar se a ‘ameaça’ é adequada ou se representa, simplesmente um enriquecimento inaceitável do lesado».

Expostos os referenciais que o juiz deverá tomar em conta aquando da averiguação de cláusula penal, resta analisar a natureza jurídica que a situação da conclusão, por parte deste, da manifesta excessividade da pena traduz. A este respeito, conclui Pinto Monteiro que a redução da pena é um poder ou faculdade do tribunal e não uma obrigação ou dever, porquanto «só se o tribunal tivesse de reduzir a pena logo que esta fosse superior ao dano é que poderia dizer-se, verdadeiramente, estar ele obrigado a isso; de outro modo, a apreciação do carácter excessivo da pena conferir-lhe-á sempre uma larga discricionariedade»¹²⁹. Assim, na óptica deste autor, só mediante a ponderação dos vários factores inerentes ao juízo em causa e conseqüente interpretação dos mesmos como indicadores de manifesta excessividade, tomará o juiz a atitude coerente com este seu juízo.

2.2.4.1. Da medida da redução: critérios

Com base em que factores se determinará a medida da redução da pena? A resposta a tal questão depende da atendibilidade a vários critérios, constituindo a leitura da discrepância entre o prejuízo efectivo e a soma estipulada, à luz da finalidade prosseguida pela cláusula, o ponto de partida¹³⁰⁻¹³¹. Estando

¹²⁶ Ou, como notamos, superior ao dobro do dano causado, caso se opte pelo referencial trazido pela tradição canónica.

¹²⁷ *Vide*, no mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 27 de Outubro de 2016, proc. n.º 351/14.7TBAVV-A.G1: «A qualificação de uma cláusula penal como, manifestamente, excessiva não se identifica com a cláusula, meramente, excessiva, em que a pena seja superior ao dano, colidindo a sua eventual redução com a necessária preservação do seu valor cominatório e dissuasor».

¹²⁸ O que julgamos ser mais consentâneo com a índole compulsório-penal.

¹²⁹ *Cfr.* 1990, p. 740, n.r. 1662. No mesmo sentido, *vide*, PRATA, 2017, p. 1024.

¹³⁰ Remete-se assim para a 2.2.4. da presente dissertação, que desenvolve tal critério conjugado.

¹³¹ Tal discrepância deverá ser aferida no momento da sentença. *Cfr.* MONTEIRO, 1990, p. 741, n.r. 1663 e SILVA, 2007, p. 274: «A decisiva condição legal de intervenção do tribunal é, por conseguinte, a presença, ao tempo da sentença, de uma cláusula manifestamente excessiva». Tendemos a

em causa redução equitativa¹³², importa, nas palavras de Pinto Monteiro, «ponderar uma série de outros factores, à luz do caso concreto»¹³³. Destarte, têm sido apontados como critérios norteadores a gravidade da infracção, o grau de culpa do devedor¹³⁴, as vantagens que para este resultem do incumprimento, o interesse do credor na prestação¹³⁵, os valores investidos pelo credor através do contrato e o tempo necessário para os amortizar¹³⁶, as dificuldades que o devedor tenha tido para cumprir¹³⁷, a situação económica de ambas as partes, a sua boa ou má fé, a natureza do contrato e respectivas condições de formação, mormente as eventuais contrapartidas de que o devedor haja beneficiado em virtude da aposição de cláusula penal. A estes critérios, acrescentam Pires de Lima e Antunes Varela¹³⁸ que «os tribunais não devem pôr inteiramente de parte o critério do legislador, revelado em matéria de mútuo oneroso, no artigo 1146.º, designadamente quando se trate de uma obrigação pecuniária».

2.2.4.2. Da medida da redução: limites

Até que montante é admissível a redução? A resposta a esta questão, mais do que uma leitura do actual artigo 812.º, impõe a análise histórica da evolução do referido preceito. Assim sendo, cabe atentar no Decreto-Lei n.º 200-C/80,

concordar com tal entendimento, porquanto está em causa um juízo equitativo, assente, portanto, na justiça e circunstâncias do caso concreto.

¹³² *Cfr.* CORDEIRO, 2017, pp. 497 e 498: trata-se de equidade “fraca”, porquanto se parte da lei positiva e de referências jurídico-positivas, sem passar para o nível da equidade “forte”, no qual se prescinde da Ciência do Direito e se procura, para os problemas, soluções baseadas na justiça do caso concreto e no senso comum do julgador.

¹³³ *Cfr.* 1990, p. 743.

¹³⁴ *Cfr.* CORDEIRO, 2017, pp. 498 e 499: para este autor, uma vez que as cláusulas de fixação antecipada da indemnização se inserem na responsabilidade obrigacional, «onde a lei portuguesa usa ‘culpa’ sem distinguir o dolo da negligência», diversamente do que ocorre na responsabilidade aquiliana, em que se admite, por via do artigo 494.º, a limitação equitativa da indemnização no caso de negligência, então será de concluir que tal cláusula funcionará, prescindindo de juízos sobre o grau de culpa. Diversamente, considera que nas cláusulas compulsório-penais a solução «pode[rá] ser diversa, porquanto se trata de fazer pressão na vontade do devedor para que cumpra», significando então que tal pressão só faça sentido havendo culpa.

¹³⁵ *Cfr.* LIMA/VARELA, 1997, p. 81: «Devem, além disso, atender ao interesse legítimo do credor na prestação (e não apenas ao seu interesse patrimonial)».

¹³⁶ *Cfr.* CORDEIRO, 2017 p. 499.

¹³⁷ Conquanto tais não tenham sido suficientes para o exonerar da obrigação, nos termos do disposto no artigo 790.º. *vide*, neste sentido, PRATA, 2017, p. 1024.

¹³⁸ *Cfr.* 1997, p. 81.

de 24 de Junho, ao abrigo do qual dispunha o n.º 1 do artigo 812.º que a cláusula penal não podia ser reduzida para além do dano efectivamente causado pelo incumprimento da obrigação. Todavia, sucede que o Decreto-Lei n.º 136/83, de 16 de Junho, fixou o texto do referido preceito nos termos em que o encontramos actualmente, sem qualquer referência ao limite da redução. Posto isto, urge questionar (i) o exacto significado do plasmado no Decreto-Lei de 1980 e, bem assim, (ii) o significado a atribuir à referida supressão, operada pelo segundo Decreto-Lei.

A este respeito, entendiam Pires de Lima e Antunes Varela que o primeiro Decreto-Lei consagrava a impossibilidade de reduzir o montante da pena a valor inferior ao dano efectivamente causado pelo não cumprimento¹³⁹ e que o Decreto-Lei n.º 136/83, de 16 de Junho, com a supressão de tal ressalva e, bem assim, com a inclusão do artigo 811.º, n.º 3, veio admitir a possibilidade de redução equitativa da pena até valor inferior ao do dano efectivamente sofrido pelo credor¹⁴⁰.

Por sua vez, Calvão da Silva interpreta¹⁴¹ a referida supressão como reflectora da “boa regra” de que o juiz não pode reduzir a cláusula penal manifestamente excessiva ao dano efectivo. De acordo com este autor, o Decreto-Lei n.º 200-C/80 permitia a redução da pena ao valor do prejuízo efectivo, o que se afigurava atentatório do valor coercitivo da cláusula penal, favorecendo o

¹³⁹ Cfr. 1997, pp. 82 e 83: entendiam estes autores que tal limitação, ao referir-se ao “incumprimento da obrigação” tinha apenas em vista o incumprimento definitivo e não a mora e o cumprimento defeituoso. Isto porque, na sua óptica, tal preceito só se justificaria nos casos em que a cláusula penal se referisse ao não cumprimento e representasse um sucedâneo do cumprimento coercivo da obrigação. Assim, não podendo ser a cláusula exigida cumulativamente com a execução da prestação (ou seu equivalente), não se conceberia que a cláusula pudesse ser reduzida a um valor inferior ao do dano sofrido. Diversamente, consideravam que tal não deveria ser aplicável às cláusulas estipuladas para os casos de mora e de cumprimento defeituoso, na medida em que, em tais casos, a cláusula não actua a título de substitutivo da indemnização, mas sim a valor que se adita à mesma, como decorre do próprio n.º 1 do artigo 811.º. Em sentido diverso, vide SILVA, 2007, pp. 278 e 279, de acordo com o qual também às cláusulas estipuladas tendo em vista a mora deveria prevalecer a regra da não redução da cláusula ao dano efectivo, por considerar que «[a] cláusula penal moratória é a indemnização à *forfait* dos danos moratórios [...], impondo-se que o juiz não deva reduzi-la ao dano moratório efectivo, pelas mesmas razões que não o deve fazer na hipótese de cláusula penal compensatória.»

¹⁴⁰ Criticando a introdução do n.º 3 do artigo 811.º, vide, VARELA, 1990, pp. 139 e 140: considera que este novo preceito conduz à incongruência de o credor nunca poder exigir uma indemnização de valor superior ao dano efectivamente sofrido com a falta de cumprimento, ainda que credor e devedor tenham convencionado indemnização de valor mais alto, mas de, por outro lado, o devedor poder beneficiar de redução da cláusula até um valor situado abaixo do dano que efectivamente causou ao credor.

¹⁴¹ Cfr. 2007, pp. 278 e 279.

incumprimento de devedores de má fé, «sempre esperançados em que o juiz acabe por reduzir a cláusula penal ao prejuízo real», desconsiderando ainda o carácter *à forfait* da pena. Assim, conclui Calvão da Silva que a redução da cláusula ao dano efectivo traduzia uma «intervenção manifestamente excessiva do juiz, contrária à letra, ao espírito e à razão de ser do art. 812.º»¹⁴². Destarte, considera o autor que a supressão procedeu ao reconhecimento do respeito pela essência e pelas finalidades da cláusula penal, que impõem «que o juiz não deva reduzir o seu montante manifestamente excessivo ao dano efectivamente sofrido, não devendo este ser, legalmente, referenciado nem como medida nem como limite possível da redução daquela, quando manifestamente excessiva»¹⁴³.

Por sua vez, e com o intuito de responder às inquietações resultantes da introdução do n.º 3 do artigo 811.º, veio Pinto Monteiro¹⁴⁴ referir que tal preceito só valerá para os casos de cláusula de fixação antecipada da indemnização sobre o dano excedente (nos termos do n.º 2 do artigo 811.º) e aí se convençione uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal. Nos outros casos, em que não se procede à estipulação de cláusula penal com convenção sobre o dano excedente, regerà por sua vez, apenas, o artigo 812.º. Esta solução de equilíbrio constitui, do ponto de vista do autor, a única maneira de preservar a cláusula penal *qua tale* no ordenamento jurídico, sem, contudo, se desconsiderar o n.º 3 do artigo 811.º, não obstante o restrito âmbito de aplicação¹⁴⁵.

Sistematizando o exposto, com base na interpretação conferida por Pinto Monteiro ao artigo 811.º, n.º 3, podemos interpretar a supressão promovida pelo Decreto-Lei de 1983 no sentido de que (i) não permite aquele artigo uma redução da pena a montante inferior aos danos efectivos, mas tão-só equiparar ambos os montantes para os casos em que se estipulou cláusula penal com reparação atinente ao dano excedente e que (ii) nos restantes casos, poderá (e para alguns autores, deverá) a redução fixar a pena em montante superior ao dano, mas não manifestamente excessivo.

¹⁴² Cfr. *idem*, p. 277.

¹⁴³ Cfr. *idem*, p. 279. No mesmo sentido, *vide* PROENÇA, 2015, p. 398.

¹⁴⁴ Cfr. 2017, pp. 7-9.

¹⁴⁵ No mesmo sentido, *vide*, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Dezembro de 2018, processo n.º 9018/16.0T8LSB.L1-1.

PARTE III
DA TUTELA DO CREDOR PERANTE CLÁUSULA PENAL
MANIFESTAMENTE INSUFICIENTE

1. Da unanimidade do reconhecimento da problemática

Conforme se viu na presente dissertação, o artigo 812.º consagra a possibilidade de se proceder à mutabilidade da cláusula penal quando manifestamente excessiva, mas não regula o caso inverso. *Quid juris*, quando a cláusula penal se afigura manifestamente insuficiente, *maxime* no que concerne ao prejuízo efectivo?

Previamente, cabe referir que, diversamente do que sucede no artigo 812.º, regras existem que acautelam precisamente esta situação. É o caso das Regras Uniformes da CNUDCI de 1983, cujo artigo 7.º estatui que «pode [o credor] reclamar indemnização por perdas e danos na medida do prejuízo não coberto pela soma acordada se o prejuízo sofrido ultrapassar substancialmente a soma acordada»; da al. c) do artigo 19.º do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, ao abrigo da qual «são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, as cláusulas contratuais gerais que [...] consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir»¹⁴⁶ e, bem assim, o ordenamento jurídico francês¹⁴⁷.

Em face do tratamento unilateral da questão, visível na ausência de mecanismo de reforço equitativo de cláusula penal, afigura-se unânime na doutrina nacional¹⁴⁸ que a tutela do credor em face de pena manifestamente insuficiente não constitui temática menos meritória que a do devedor. Já não tão linear é o

¹⁴⁶ PRATA, 2017: ao referir-se a “desproporcionadas” tanto se tem em vista as cláusulas excessivas, como as insuficientes. Veja-se ainda o tratamento que as cláusulas penais manifestamente insuficientes, apostas em contratos de adesão, poderão ter ao abrigo do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais in ANTUNES, 2015, p. 297: «Na eventualidade de a cláusula penal prever um valor manifestamente insuficiente, pode estar em causa uma estipulação de exclusão de responsabilidade, vedada [...] pelo artigo [18.º].».

¹⁴⁷ Vide o Article 1231-5 do Code Civile, que considera a possibilidade de o juiz poder, mesmo que oficiosamente, aumentar a pena nos casos de esta ser manifestamente irrisória (acesso ao Code Civile acedido em 13-05-2022, em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=26FA7FB3A34274D30D281225A6234C99.tplgfr35s_2?idSectionTA=LEGISCTA000032009929&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20190728).

¹⁴⁸ Neste sentido, vide, p.e., COSTA, 2014, pp. 803 e 804. Vide, ainda, SOARES/RAMOS, 1986, pp. 297-299: consideram que o Código Civil, contrariamente ao que sucede nas Regras Uniformes, ao tratar diversamente a situação do devedor e do credor, está a privilegiar, injustificadamente, a situação do primeiro.

modo como a doutrina portuguesa propõe soluções para tal situação, ao abrigo do direito constituído¹⁴⁹ e dos entraves que o mesmo poderá criar à resolução daquela.

2. Da controvérsia quanto ao modo de tratamento da questão ao abrigo do direito constituído. Possíveis vias de resolução

A análise da questão em epígrafe impõe que se recue, previamente, a outra, de carácter mais geral. Assim, cabe em primeiro lugar aferir do tratamento preconizado para as cláusulas penais irrisórias, de tão manifestamente insuficientes que são. Quanto a estas, a doutrina tende a responder uniformemente, mediante a aplicação do regime das cláusulas de exclusão de responsabilidade (ou de irresponsabilidade) e consequente nulidade das mesmas, por contemplarem valor meramente simbólico, comprometedor do artigo 809.º nos termos do qual «é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores [nomeadamente, o direito a ser indemnizado]»¹⁵⁰.

Menos consensuais afiguram-se as soluções propostas para os casos em que a pena, com função indemnizatória, é manifestamente inferior ao dano efectivo, mas não de moldes tão extremos que revista carácter irrisório. A este respeito, cabe distinguir se as partes convencionaram, ou não, previamente, indemnização quanto ao dano excedente. Tendo convencionado, poderá o credor obter uma reparação maior do que a fixada na pena, ao abrigo do artigo 811.º, n.º 2, o que, nas palavras de Pinto Monteiro¹⁵¹, opera uma «reserva do credor a prosseguir a indemnização nos termos gerais», porquanto, «para provar um dano excedente, terá o credor de fazer a prova da totalidade do dano sofrido», sendo apenas após tal prova possível saber «se este excede o quantum indemnizatório» anteriormente estabelecido.

Posto isto, verificamos que o *requiem* pela tutela creditória suscita, verdadeiramente, problemas quando a pena (*i*) é manifestamente insuficiente, mas não

¹⁴⁹ Apesar de, como referido por CORDEIRO, 2017, pp. 500 e 501, a generalidade da doutrina, defender, desde cedo, e do prisma do direito a constituir, a consagração do agravamento equitativo.

¹⁵⁰ Neste sentido, *vide* TELLES, 2011, pp. 424 e 438. Segundo este autor, a nulidade opera independentemente do grau de culpa do devedor. No sentido da aplicação a estas cláusulas do regime das cláusulas de irresponsabilidade, mas discordando quanto às considerações a tecer no que concerne à culpa do devedor, MONTEIRO, 1990, pp. 258 e 709, n.r. 1598; discorda de TELLES, por considerar que o artigo 809.º não impõe a nulidade da cláusula de exclusão por culpa leve.

¹⁵¹ *Cfr.* 1990, pp. 703 e 704.

irrisória e, bem assim, (ii) quando as partes não tenham previamente convenionado a ressarcibilidade pelo dano excedente¹⁵².

Quanto a estes casos, uma possível via de solução dos mesmos é o da aplicação do regime, tal como apontado por grande parte da doutrina nacional¹⁵³, das condições de validade das cláusulas limitativas da responsabilidade. A este respeito, salienta Prata que a «alterabilidade da pena que, calculada por defeito relativamente aos danos previsíveis, venha a constituir para o credor um remédio extremamente insuficiente para a situação decorrente do incumprimento» mais do que resolvível pelo regime das cláusulas limitativas de responsabilidade, sê-lo-á pela aferição da possibilidade de reforço da pena manifestamente insuficiente, porquanto tal insuficiência carece de ser resolvida à luz de juízos e valorações equitativas¹⁵⁴.

Num nível intermédio, atente-se em Pinto Monteiro, segundo o qual, não obstante reconhecer a possibilidade de aplicação do regime das cláusulas limitativas de responsabilidade, interpreta a admissibilidade de tal recurso *cum grano salis*. De acordo com este autor, cabe distinguir os casos em que as partes, ao estipularem cláusula penal, fixaram uma soma inferior ao dano previsível precisamente com o intuito de limitarem a responsabilidade do devedor, das hipóteses em que as partes se limitaram a avaliar, no momento da estipulação da pena, os danos futuros em termos razoáveis, tendo em conta as circunstâncias por elas conhecidas àquele momento. Assim, de acordo com Pinto Monteiro¹⁵⁵, no primeiro caso dever-se-ia aplicar, de facto, o regime inerente às cláusulas limitativas de responsabilidade, diferentemente do segundo, em que as partes se limitaram a fixar uma pena conforme ao dano previsível ao momento da estipulação da cláusula. Nestes casos, considera o autor arriscado afirmar-se categoricamente estar em causa uma limitação da responsabilidade, em face do carácter aleatório da pena e da natureza *forfaitaire* da mesma. Ainda assim, e por

¹⁵² É este o entendimento de OLIVEIRA, *in* 2008, p. 128: o problema do agravamento da pena indemnizatória só se põe em conexão com o princípio da não reparação do dano excedente, revelando-se aquela desnecessária e inadequada nos casos em que o credor dispõe da faculdade de exigir a reparação de todos os prejuízos sofridos. Para mais desenvolvimentos sobre esta posição, *vide, idem*, pp. 125 e 126.

¹⁵³ Neste sentido, *vide* COSTA, 2014, p. 804: «Assim, tais cláusulas seriam válidas conquanto não fossem contrárias a normas de ordem pública (nos termos do art. 280.º, n.º 2)». Partilhando de semelhante entendimento, OLIVEIRA, 2008, p. 129, o qual considera que, havendo incumprimento imputável a título de dolo ou de culpa grave, disporá o credor da faculdade de exigir a reparação de todos os prejuízos que sofrera. Diversamente, nos casos em que o incumprimento radica estritamente em culpa leve, considera que a natureza *forfaitaire* da cláusula penal limitará a responsabilidade do devedor, nos termos do n.º 2 do artigo 811.º.

¹⁵⁴ *Cfr.* 1985, p. 115

¹⁵⁵ *Cfr.* 1990, pp. 710 e 711.

considerar que o devedor não deve beneficiar de responsabilidade atenuada nestes casos, defende a solução do caso mediante convocação dos princípios gerais da boa fé e da proibição do abuso do direito ou da resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Outra via proposta por Pinto Monteiro é a de considerar a pena como uma dívida de valor, pelo que o seu montante cairia fora do âmbito do princípio nominalista, tornando-se assim a pena convencional susceptível de actualização¹⁵⁶.

Indo mais longe, no sentido da defesa de mecanismo de controlo específico de pena manifestamente insuficiente, cabe aludir aos ensinamentos de Prata¹⁵⁷ e de Menezes Cordeiro. De acordo com a primeira, não há motivos para negar o agravamento da pena, quando (i) o incumprimento tenha sido doloso, porquanto o devedor não pode faltar deliberadamente ao cumprimento através do pagamento da cláusula penal e (ii) sem ter sido tal incumprimento doloso, seja a pena manifestamente inferior aos danos efectivos¹⁵⁸. Segundo Prata, tal entendimento é passível de ser considerado com independência do concreto regime legal, por estarem em causa soluções decorrentes dos princípios gerais de Direito, referindo ainda que é «a mesma razão de equidade que legitima a redução [que] justifica então o reforço»¹⁵⁹. Sustenta a autora a este respeito que o reforço encontra assento ao abrigo de uma interpretação actualista¹⁶⁰ do preceito, referindo que importa não olvidar que o 812.º fora redigido numa altura em que a cláusula penal era vista como um instrumento de abusiva imposição pelos credores aos devedores de indemnizações manifestamente excessivas, partindo do pressuposto, quase imutável, da debilidade contratual do devedor, o qual já não encontra integral correspondência nas relações jurídicas da vida hodierna.

Por seu turno, Menezes Cordeiro¹⁶¹ concretiza o título que legitima o reforço equitativo. De acordo com este autor, existe uma lacuna, identificando como caso análogo o próprio artigo 812.º, n.º 1, o que é possível em virtude de este não revestir natureza excepcional. Com efeito, defende a aplicação analógica da norma, conducente à bilateralização da mesma. Destarte, a cláusula penal poderá ser agravada, de acordo com a equidade, quando se mostre

¹⁵⁶ *Cfr. idem*, p. 709, n.r. 1598.

¹⁵⁷ *Cfr.* 1985, pp. 116 e 117.

¹⁵⁸ *Cfr. idem*, p. 117. Para os casos referidos em (ii), refere a autora que se deve admitir a ressarcibilidade, ainda que parcial, do prejuízo excedente.

¹⁵⁹ *Cfr. idem*.

¹⁶⁰ *Cfr. idem*, pp. 115 e 116.

¹⁶¹ *Cfr.* 2017, pp. 501 e ss.

manifestamente insuficiente, ainda que por causa superveniente, sendo nula qualquer estipulação em contrário.

Constata-se assim a diversidade do tratamento conferido pela doutrina quanto a esta questão. Se autores existem que a resolvem do ponto de vista dos mecanismos gerais já existentes, outros procuram a admissibilidade do reforço ao abrigo (i) de uma interpretação actualista (ou mesmo, mediante bilateralização) do preceito, acompanhada (ii) dos desígnios da equidade que a situação impõe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe agora, em face do estudo que se desenvolveu ao longo da presente dissertação, tecer breves considerações acerca das principais questões *supra* desenvolvidas:

- (1) O facto de a estipulação convencional da pena acarretar consigo a incerteza quanto à discrepância entre a pena e os danos e/ou o perigo previsto relativo ao incumprimento não legitima, *per se*, a aplicação da pena *qua tale*, não podendo deixar de se ter em conta eventuais abusos aquando da estipulação, ou mesmo circunstâncias posteriores que tornaram a pena abusiva.
- (2) No que concerne ao devedor, a consagração da possibilidade de mutabilidade da cláusula, na vertente da redução equitativa daquela, permite reagir à falta de coincidência *supra* referida que, ao abrigo da justiça do caso concreto, se afigure inadmissível.
- (3) Apesar das vantagens da solução consagrada no n.º 1 do artigo 812.º, mister é não esquecer que a tutela do devedor não poderá levar à situação diametralmente oposta, de absoluta desconsideração da liberdade contratual. É com base no exposto que entendemos que a redução oficiosa da cláusula penal poderia comprometer esta solução de equilíbrio, não respeitando a concludência do silêncio do devedor como aceitação (ou, pelo menos, não discordância) do valor exigido a título convencional. Isto porque consideramos que, além da manifesta excessividade, a redução da pena pressupõe que o devedor não concorde com ela. Ora, que sentido faria não concordar o devedor com a pena e nada indiciar a esse respeito?
- (4) Ademais, se nos casos de negócios usurários, que pressupõem a exploração, por parte do credor, de situação de debilidade do devedor, não é permitida a intervenção oficiosa (porquanto o regime é o da anulabi-

- lidade), motivo não se encontra para a admitir nos casos de redução da cláusula penal, em que a inerente manifesta excessividade prescinde de um juízo tangente às intenções do credor.
- (5) Ao exposto, e partindo da velha máxima de que *é a história que dá sentido ao presente*, cumpre realçar que no articulado de Vaz Serra a redução oficiosa encontrava assento. Caso a oficiosidade nunca tivesse sido sequer equacionada no passado, a omissão do actual Código Civil quanto a esta questão seria mais discutível. Agora, tendo sido a questão suscitada anteriormente, julga-se ter de se concluir invariavelmente no sentido de interpretar tal supressão como um afastamento expresso dessa hipótese.
- (6) No que concerne à tutela do credor perante cláusula penal manifestamente insuficiente, partilhamos da crítica generalizada da doutrina relativa ao tratamento unilateral no que concerne às discrepâncias entre pena e dano efectivo. O nosso inconformismo quanto a esta realidade acentua-se com a previsão no Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, diploma no qual a debilidade debitória¹⁶² se afigura como um *dado garantido*, da nulidade das cláusulas desproporcionadas aos danos a ressarcir, o que, como se viu *supra*, abrange, quer as cláusulas excessivas, quer as insuficientes. Assim, e socorrendo-nos, novamente, de um argumento *a fortiori*, na vertente *a maiori ad minus*, consideramos que se, ao abrigo de um regime legal no qual a tutela do devedor reveste carácter prioritário em virtude da sua aludida debilidade é permitida a nulidade de cláusula insuficiente, então afigura-se invariável defender o reforço equitativo no Código Civil, que não presume (pelo menos, nos mesmos moldes e com a mesma intensidade) tal inferioridade contratual. Seguimos então Menezes Cordeiro no que concerne à bilateralização do artigo 812.º, n.º 1.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, C. FERREIRA DE, *Contratos I. Conceito, Fontes, Formação*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.
- ALMEIDA, T. GUERRA DE, Anotação ao artigo 9.º do Código Civil, in *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014.
- ANDRADE, M. DE, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, 1966.

¹⁶² ALMEIDA, 2014, pp. 168 e 169.

- ANTUNES, A. FILIPA MORAIS, *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.
- Anotação ao artigo 812.º do Código Civil, in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações (Das Obrigações em Geral)*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2018.
- CARVALHO, J. MORAIS, *Os Limites à Liberdade Contratual*, Coimbra, Almedina, 2016.
- CORDEIRO, A. MENEZES, *Tratado de Direito Civil, II. Parte Geral. Negócio Jurídico*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.
- *Tratado de Direito Civil. Direito das Obrigações. Cumprimento e Não-Cumprimento, Transmissão, Modificação e Extinção*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.
- CORDEIRO, A. MENEZES/COSTA, M. JÚLIO DE ALMEIDA, *Cláusulas contratuais gerais: anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Coimbra, Almedina, 1986.
- COSTA, M. JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014 (reimp. 2009).
- EIRÓ, P., Anotação ao artigo 282.º do Código Civil, in *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014.
- Anotação ao artigo 283.º do Código Civil, in *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014.
- FUENTE, I. ARANA DE LA, “La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria” in *HIS Anuario de Derecho Civil, tomo LXII, fasc. IV, Boletín Oficial del Estado*, 2009.
- GERALDES, A. SANTOS ABRANTES/PIMENTA, P./SOUSA, L. FILIPE PIRES DE, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2018.
- LARENZ, K., *Metodologia da Ciência do Direito*, 6.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian – Serviço de Educação, 2012¹⁶³.
- LEITÃO, L. MENEZES, *Direito das Obrigações*, vol. II, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018.
- LIMA, A. PIRES DE/VARELA, J. DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- MILLER, L., “Penalty Clauses in England and France – A Comparative Study”, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 53, part 1, Oxford University Press/The British Institute of International and Comparative Law, 2004.
- MONTEIRO, A. PINTO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990.
- “Sobre o controlo da cláusula penal” in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- “O modelo aberto de cláusula penal no DCFR”, in *Um Direito Europeu das Obrigações? A influência do DCFR*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.

¹⁶³ Tradução de José Lamego.

- “A cláusula penal perante as alterações de 1980 e de 1983 ao Código Civil”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 147.º, n.º 4006, Setembro–Outubro 2017, Coimbra, Gestlegal, 2017.
- OLIVEIRA, N. PINTO DE, *Cláusulas acessórias ao contrato. Cláusulas de exclusão ou de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008.
- *Princípios de Direito dos Contratos*, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora – Wolters Kluwer, 2011.
- PASINI, F., “A cláusula penal e a sua redutibilidade”, in *Garantias das Obrigações – Publicação dos Trabalhos do Mestrado*, Coimbra, Almedina, 2007.
- PINTO, C. ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005¹⁶⁴.
- PRATA, A., *Cláusulas de Exclusão e Limitação de Responsabilidade Contratual. Regime Geral*, Coimbra, Almedina, 1985.
- *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2017.
- PROENÇA, J. CARLOS BRANDÃO, *Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações*, 1.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2015 (reimp. 2011).
- RIBEIRO, J. DE SOUSA, “Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais”, in *Direito dos Contratos. Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- SEQUEIRA, E. VAZ DE, Anotação ao artigo 280.º do Código Civil, in *Comentário ao Código Civil. Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014.
- SERRA, A. VAZ, *Pena convencional*, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 67, 1957.
- SILVA, J. CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007 (reimp. 2002).
- SOARES, M. ÂNGELA BENTO/RAMOS, R. MOURA, “Cláusulas penais em contratos internacionais”, in *Contratos Internacionais. Compra e Venda. Cláusulas Penais. Arbitragem*, Coimbra, Almedina, 1986.
- SOUSA, M. TEIXEIRA DE, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2012.
- TELLES, I. GALVÃO, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- VARELA, J. DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 1990.
- VASCONCELOS, M. PESTANA DE, “As cláusulas penais nos contratos de locação financeira”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 76, 2016.
- XAVIER, R. LOBO/FOLHADELA, I./CASTRO, G. ANDRADE E, *Elementos de Direito Processual Civil. Teoria Geral. Princípios. Pressupostos*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014.

¹⁶⁴ POR MONTEIRO, A. PINTO E PINTO, P. MOTA.

A fragmentação do dever de informação no âmbito de M&A

FREDERICO LOPES DE SOUSA*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Dever de informação*: 2.1. *Due Diligence*. 3. *Imputação do conhecimento às sociedades comerciais*: 3.1. *A teoria do conhecimento absoluto*; 3.2. *A teoria da representação do conhecimento*; 3.3. *Teoria do risco de organização*; 3.4. *A “adequação”*. 4. *Enquadramento com a figura do dever de informação*. 5. *Conclusão*.

1. Introdução

Num negócio de M&A, a informação será, como o é na maioria dos negócios, o bem mais valioso para cada uma das partes. Será a informação, em concreto, a definir o interesse contratual das partes e a moldar a sua disposição para concretizar o negócio em causa, visando, também, a “proteção do equilíbrio do contrato”¹.

Como peça chave desta temática, cumpre analisar naquilo em que consiste o dever de informação, e se será linear a todos os casos ou se poderá variar conforme as especificidades do caso concreto, verificando até, se existe ou não um dever de *due diligence*.

Com este trabalho, pretendemos fazer uma análise sucinta deste problema e tentar ainda relacioná-lo com a temática da imputação de conhecimento, sendo, também esta, uma vertente importante do problema relativo à informação e à sua imputação, nomeadamente para aferirmos se se tinha ou não um dever de conhecer.

* Mestrando em Direito da Empresa na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, I, 5.ª edição, Almedina, 2015, p. 199.

2. Dever de informação

No âmbito do regime da compra e venda, não se verifica a existência de um dever de informação por parte do vendedor. No entender de Holger Fleischer, referido por Catarina Monteiro Pires (*Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*, 2018, Almedina²), cabe a cada um dos contratantes informar-se dos meandros do negócio. Isto é especialmente relevante no tráfego negocial, onde o mundo comercial vive dos trunfos que surgem das assimetrias informativas, tratando-se a informação de um “valor transacionável, que confere significativo poder negocial”³.

Embora isto assim o seja, particularmente na formação do contrato, “os potenciais contraentes devem pautar o seu comportamento pelas regras da boa fé”⁴, que tem expressão, em especial, nos artigos 227.º (pré-contratual) e 762.º/2 do Código Civil. Do princípio da boa-fé retira-se um dever de informação que onera o vendedor, seja antes da celebração do contrato ou durante a execução do mesmo. Este dever visa proteger eventuais desequilíbrios que possam surgir pela falta de informação do comprador, que à partida, é a parte que dela menos dispõe.

O dever de informação corresponde a um dever acessório, decorrente do princípio da boa-fé, na sua vertente da tutela da confiança. No entanto, poderá a própria funcionalidade do comércio jurídico⁵ exigir que o vendedor cumpra este seu dever, o que se justifica pela eventual retração em contratar perante a omissão de informar o comprador sobre possíveis defeitos da coisa que será vendida. O cerne da questão será apurar até onde é que se estende este dever de informação, nomeadamente enquanto dever pré-contratual.

Até onde estará o vendedor obrigado a informar? Não é plausível que este tenha de informar sobre todo e qualquer aspeto que considere que interesse ao credor da informação, mas como é que se deve decidir qual será? Terá apenas uma obrigação sobre os aspetos que na generalidade são essenciais, acrescido daqueles que na situação concreta o serão? Ou deveremos exigir, igualmente, qualquer informação que embora não seja essencial, possa causar algum tipo de prejuízo?

Iguais questões se colocam à extensão do esclarecimento a perguntas do comprador. Qual é o nível de detalhe exigível ou o nível de esclarecimento necessário?

² CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*, 2018, Almedina, p. 22.

³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, ob. cit., p. 199.

⁴ *Ibidem*.

⁵ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*, 2018, Almedina, p. 24.

Segundo Carlos Ferreira de Almeida, o dever de informação visa um “consentimento racional e esclarecido”⁶ para a correta celebração do contrato, sendo que só o contexto concreto do contrato poderá definir os limites do dever de informação, de modo a apurar-se da necessidade da mesma, “designadamente em função do tipo e da probabilidade de risco, a intensidade e confiança das negociações, a natureza das partes e, em geral, a assimetria informativa existente”⁷. Este último aspeto, o da assimetria informativa, será especialmente evidente no âmbito de um negócio de compra e venda de participações sociais com vista à aquisição da empresa, isto porque quem tem o controlo da mesma terá um conhecimento privilegiado da real situação da sociedade, informação esta, que nos aspetos, por vezes, mais essenciais, estará vedada a terceiros. Veja-se, por exemplo, a obra de José Engrácia Antunes, em que o Autor refere que o negócio de “transmissão da empresa é caracterizada por uma acentuada assimetria informativa”⁸, visto que o vendedor tem acesso a informação privilegiada, derivada da sua posição de domínio (quando tenha uma participação dominante). Em contrapartida, o comprador, antes de uma possível *due diligence*, só terá acesso à informação disponível no mercado ou que obtém junto do vendedor. Para o Autor, o alienante deverá “informar o adquirente, de forma verdadeira e completa, sobre o estado jurídico, patrimonial e financeiro geral da empresa, de modo a permitir a este último conformar correta e livremente a sua vontade sobre o objeto e a causa do negócio”⁹.

Como nota Ana Prata, “os deveres de informação e esclarecimento (...) assumem particular relevância quando se esteja perante dois sujeitos cujo poder negocial se apresente desequilibrado”¹⁰, o que só poderá ser definido em conformidade com a factualidade concreta. Imagine-se, por exemplo, o caso de o comprador ser uma entidade altamente especializada, à partida, o desequilíbrio não será tão acentuado, porque, mesmo que não tenha acesso a uma informação abundante, a experiência/tecnicidade que possui, irá permitir-lhe uma análise mais eficaz da mesma, reconhecendo eventuais riscos e saber onde exigir esclarecimentos ao vendedor.

De realçar que os factos concretos relativos ao objeto do negócio têm uma importância preponderante. Pense-se, por exemplo, na diferença informativa

⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, ob. cit., p. 199.

⁷ CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas*, 2018, Almedina, p. 26.

⁸ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *A empresa como objecto de negócios: “asset deals” versus “share deals”*, ROA, 2008, pp. 753 ss.

⁹ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, ob. cit., p. 754.

¹⁰ ANA PRATA, *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 51, citado por CATARINA MONTEIRO PIRES, ob. cit., p. 27.

que haverá no caso da venda de uma empresa prestes a apresentar-se a insolvência e de uma com um alto nível de rentabilidade, ou até mesmo face à sua atividade sócio-económica que pode, ou não, ter um fluxo informativo mais avultado.

O dever de informação, no entanto, não deverá privilegiar o comprador descuidado, ou seja, a informação devida pelo alienante não deverá incluir aquela que um comprador zeloso poderia ter adquirido, e como tal, entramos na discussão da *due diligence*. Já como afirma Carlos Ferreira de Almeida, “Mais complexos são os parâmetros de avaliação, quando a omissão respeitar a elementos que a outra parte efetivamente não conhece, mas que poderia conhecer, se usasse toda a diligência.”¹¹

Poderemos defender um critério de desproporção entre ganho e perda com o negócio? Imagine-se uma empresa que seja bastante lucrativa no imediato, mas que o vendedor tem conhecimento de uma certa circunstância, à qual um comprador zeloso não teria acesso, que, no prazo de uns anos, impedirá a empresa de ter um volume de negócios tão elevado, diminuindo a sua rentabilidade. Será essa informação devida? Ou tratar-se-á de um risco inerente ao negócio que como tal não é exigível a especificação do mesmo pelo vendedor?

Para Catarina Monteiro Pires e Carlos Ferreira de Almeida, no caso de desconhecimento por falta de diligência do comprador, só haverá desconformidade com a boa-fé se houver um “caráter ardiloso da omissão ou a concomitante violação do dever de lealdade”¹².

Por seu turno, Manuel Carneiro da Frada, refere que os deveres de informação serão moldados pelo “desnível dos contraentes no acesso à informação relevante para a decisão de contratar”¹³, algo que, no contexto específico de M&A, será dissipado face à especialização das partes enquanto profissionais/especialistas. O Autor defende ainda que as partes é que correm o “risco da não informação adequada acerca destas circunstâncias [condicionantes que o envolvem], de que também depende a satisfação do seu interesse”, cabendo, no entanto, à contraparte informar sobre as conjunturas que sejam “susceptíveis de interferir com o aproveitamento ou a utilidade que a outra parte espera do contrato”¹⁴. Retiramos, então, que o dever de informação será graduado conforme o caso concreto, sendo que não se trata de uma “necessidade de *assegurar* expectativas alheias”¹⁵, mas de “desfazer ou prevenir representações”

¹¹ Ob. cit., p. 202.

¹² CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, ob. cit., p. 203

¹³ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Lisboa, 2001, pp. 382 ss.

¹⁴ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, ob. cit., p. 385.

¹⁵ *Ibidem*, p. 386.

Poderemos afirmar que o facto de o comprador não estar munido de uma adequada organização para proceder a um negócio de M&A, especialmente frutífero em inúmeros fluxos de informação capaz de alterar a sua vontade negocial, pode consubstanciar-se numa falta de diligência e, como tal, no caso de existir responsabilidade pré-contratual por violação do dever de informação do vendedor, haver culpa do lesado? Ou poderemos mesmo afirmar que a informação não seria devida visto que há uma violação de um dever (de adequada organização), que no caso de ser cumprido, permitiria o acesso à informação em causa, e como tal, não estaria abrangida pelo dever de informação do vendedor? Tentaremos analisar esta temática *infra*.

2.1. *Due Diligence*

A *due diligence* visa essencialmente quatro funções, segundo Catarina Monteiro Pires: Identificar riscos; posteriormente à sua identificação, permitir que sejam “objeto de declarações e garantias”; verificar de eventuais vicissitudes que possam influenciar o preço de aquisição; e por fim, permite um “retrato” da sociedade que se visa adquirir.¹⁶

No contrato de compra e venda de uma empresa, a cautela sugere que haja um processo diligente que permita a correta avaliação da coisa que se está a adquirir, como tal, poderá impor-se uma *due diligence* (ou auditoria, como refere Catarina Monteiro Pires, embora realçando que não se trata de uma exata tradução). Será esta, no entanto, uma obrigação, afastando os direitos do comprador no caso de não a realizar?

Segundo Catarina Monteiro Pires, as informações que sejam “públicas ou notórias sobre o mercado”¹⁷, não serão exigíveis ao devedor, devendo o comprador ter conhecimento das mesmas ou, pelo menos, poderia tê-lo obtido se agisse diligentemente, impondo-se a “auto-informação”, logo, não estará abrangido pelo dever de informação. Idêntica é a posição de José Engrácia Antunes que afirma que o “adquirente tem o dever de se informar relativamente aos dados da empresa social que sejam objeto de publicidade legal”¹⁸. Certos conhecimentos internos ou reservados da empresa, poderão não ser facilmente conhecidos pelo comprador, parecendo exigir-se tal informação do vendedor. Embora isto assim o seja, o comprador, através de uma *due diligence*, poderia ter conhecido desses determinados factos. É perante isto que se impõe

¹⁶ Ob. cit., p. 33.

¹⁷ *Ibidem*, p. 34.

¹⁸ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *a empresa como objeto de negócios*, pp. 765 ss.

determinar onde começa e onde termina o dever de informação e surge o ónus de auto-informação por parte do comprador.

Relativamente à possível obrigatoriedade de se realizar uma *due diligence*, Catarina Monteiro Pires refere duas posições essenciais na doutrina alemã¹⁹:

- A auditoria como uma *Obliegenheit* (ónus material ou encargo) do comprador.
- Tese da auditoria enquanto dever de tráfego

Para a primeira posição, a não realização de uma auditoria levará a uma preclusão de “uma atribuição ou vantagem” ou ter de “suportar uma perda”. Tratar-se-á de uma figura próxima do dever jurídico, no entanto, o seu incumprimento não leva a “uma ação de incumprimento, nem a uma pretensão indemnizatória”, levando apenas a uma desvantagem para o comprador.

Por sua vez, a segunda posição defende que se formou um “uso do tráfego (*Verkehrssitte*) no sentido da realização da *due diligence*”²⁰. No entanto, a tese dominante na Alemanha recusa esta teoria, recusando uma culpa do lesado por não realizar a auditoria, o que levaria a que o dever de informar do vendedor fosse dissipado pela falta de realização de uma *due diligence*.

Catarina Monteiro Pires defende que na lei Portuguesa, ao não existir um dever imposto ao comprador e inserindo-se esta matéria no âmbito do direito privado, a auditoria seria uma opção do comprador, para além de que, “do ponto de vista lógico”, poderá não ser razoável a realização de uma auditoria, sendo que os benefícios daí provenientes podem não justificar os custos, face, por exemplo, “o carácter reduzido do preço”²¹. A Autora parece aproximar-se da primeira posição, defendendo que ao não existir um dever do comprador e sendo o do vendedor proveniente do princípio da boa-fé, não se pode defender que “ficam em absoluto excluídos os deveres de informação e esclarecimento por parte do vendedor”²².

Para Paulo Câmara e Miguel Brito Bastos, “apenas se constituem deveres de informação quando for inexigível ao adquirente o esforço de obtenção da informação em causa por meios próprios”²³, nomeadamente, os que “poderiam ser conhecidos através dos procedimentos de *due diligence* autorizados por

¹⁹ CATARINA MONTEIRO PIRES, ob. cit., pp. 34 ss.

²⁰ *Ibidem*, ob. cit., p. 35.

²¹ *Ibidem*, p. 37.

²² *Ibidem*, p. 37.

²³ PAULO CÂMARA e MIGUEL BRITO BASTOS, *O Direito da aquisição de empresas: uma introdução*, In: *Aquisição de empresas.*, Coimbra, 2011, pp. 26 ss.

ele”. Ou seja, caberia ao comprador o ónus de realizar a *due diligence*, não estando inserida esta informação no dever de informação que impende sobre o vendedor. Para os Autores, o “desconhecimento culposo de ónus ou vícios da empresa prejudica, tal como o seu conhecimento, a atribuição ao adquirente de remédios sinalagmático”²⁴, ou seja, caso o adquirente não realize uma *due diligence*, autorizada pela sociedade visada, vê a possibilidade de invocação dos seus direitos ser afastada, visto que o desconhecimento será “equiparado (...) ao seu efetivo conhecimento” (algo que, como veremos, sucede na teoria do risco da organização em matéria de imputação de conhecimento).

Imaginemos uma situação de culpa *in contrahendo*. Tratando-se de uma negociação entre dois profissionais, pode o devedor alegar que o resultado deveu-se também, à falta de diligência do comprador, visto que na compra e venda de empresas manda a diligência, na generalidade dos casos, realizar uma auditoria à empresa? A sua sustentação dependerá, é certo, da factualidade concreta sobre o negócio e as partes, no entanto, e como afirma Catarina Monteiro Pires, a culpa do lesado não servirá para “arredar sempre a responsabilidade do vendedor” bem como não ficará arredada a invocação da “culpa do lesado” sempre que se provar que “o vendedor se dispôs a fornecer determinada informação ao comprador e que este recusou recebê-la ou a desconsiderou”²⁵.

Imagine-se agora que a auditoria foi realizada. Poderá haver culpa no desconhecimento de um “defeito”? Ao defender esta posição, poderemos estar a aceitar que a realização de uma auditoria leva a uma correspondente diminuição do dever de informação, pois, aí, do benefício de se realizar uma auditoria retira-se que o comprador poderá conhecer dos eventuais “defeitos” através da realização diligente daquela. Portanto, caso não venha a conhecer de um eventual facto relevante para si, poderemos passar a sustentar que ao não o ter verificado, não se poderá exigir a responsabilidade do devedor visto que este estaria à disposição para eventuais esclarecimentos. De certo modo, se seguíssemos a posição de Paulo Câmara e Miguel Brito Bastos, estaríamos a defender que o dever de informação do vendedor seria delineado conforme fosse ou não exigível ao comprador conhecer de certa informação, o que coloca o dever de informação condicionado à exigibilidade de o comprador realizar uma *due diligence*, visto que, caso tivesse agido diligentemente, teria conhecido daqueles factos. Os seus direitos estariam, inclusivamente, prejudicados pelo facto de realizar a auditoria, visto que diminuiria, conseqüentemente, o dever de informação do vendedor, logo, o seu direito de crédito àquela informação iria, correspondentemente, ser diminuído.

²⁴ *Ibidem*, p. 29.

²⁵ *Ob. cit.*, pp. 38-39.

Esta não parece ser a melhor solução, embora o raciocínio seja adequado ao contexto negocial em causa, visto que se trata de um negócio altamente complexo, com especiais exigências de atuar diligentemente. No entanto, não parece ser viável defender a subversão de um dever que é devido pelo princípio da boa-fé e não está condicionado à diligência do comprador, embora possa a sua responsabilidade, por uma eventual violação, ser moldada.

Será, portanto, de seguir-se a via da “culpa do lesado”, tal como sustenta Catarina Monteiro Pires. Contudo, não deverá levar à exclusão total da responsabilidade do devedor, até porque, este deverá colaborar na auditoria e, por via do princípio da boa-fé, deverá impor-se o esclarecimento sobre questões que poderão passar despercebidas ao comprador, visto que é àquele que é exigível o dever de informação, não devendo a diligência de realizar uma auditoria prejudicar os direitos do comprador. Será, então, mais adequado sustentar uma “culpa do lesado” no caso da não realização de uma auditoria ou de a mesma ser realizada de forma inadequada ou insuficiente.

Embora isto seja adequado para uma eventual indemnização por *culpa in contrahendo*, não parece ser sustentável para anular-se o negócio, por exemplo, através da tutela conferida pela figura do erro sobre a base do negócio ou no âmbito da venda de bens defeituosos, porque para além de não haver um aproveitamento do negócio jurídico, iria, com grande probabilidade, acarretar elevados custos, que poderia levar a uma enorme desproporção na solução que daí poderia advir. Será, então, necessária a distinção entre defeito oculto e defeito aparente, sendo que “a responsabilidade emergente da prestação de coisas defeituosas só existe em caso de defeito oculto”²⁶, visto que, no caso do defeito aparente, um comprador diligente, ao realizar a auditoria, poderia ter conhecimento do defeito, algo que deverá relacionar-se com a adequação/suficiência da auditoria e o dever de conhecer sobre certo facto. No entanto, o conhecimento “positivo de um vício da empresa, através da auditoria, pode excluir a responsabilidade do vendedor”²⁷, sendo que no caso de “dever conhecer”, a meu ver, a solução não deverá ser o afastamento da responsabilidade, mas sim, como já referido, a eventual “culpa do lesado” na diminuição do montante da indemnização devida, não parecendo ser sustentável o afastamento, por completo, de uma responsabilidade por violação do dever de informar, dever este que não deve ser assacado pelo facto de se realizar uma auditoria, mesmo que esta seja inapta à verificação de vícios.

²⁶ Sobre este tema, *vide*, por exemplo, Ac. do TRC de 20 de junho de 2012, relator HENRIQUE ANTUNES (conforme exemplificado na ob. cit. de CATARINA MONTEIRO PIRES).

²⁷ CATARINA MONTEIRO PIRES, ob. cit. p. 40.

Logo, neste ponto, concordo apenas parcialmente com a afirmação final da Autora, onde a mesma defende que “pode ainda ser excluída ou atenuada se for possível provar que, através da auditoria, o comprador podia ter tido conhecimento da circunstância causadora do dano do comprador”²⁸. Parcialmente porque, embora pareça-me ser de seguir a posição da Autora, a diligência do comprador, pelo menos ao realizar a auditoria, não deve, no limite, afastar a responsabilidade por violação dos deveres impostos pelo princípio da boa-fé, no que toca à sua responsabilidade pré-contratual, embora pareça ser de afastar outras figuras como as já referidas *supra* (por exemplo, a aplicação do artigo 251.º/1 do Código Civil), conforme os factos concretos.

Com esta afirmação, parece-me ainda interessante tentar fazer um paralelo com a temática da imputação de conhecimento às pessoas coletivas, em especial, às sociedades comerciais, começando por uma breve abordagem do tema, e tentando concluir com uma possível ligação entre as duas temáticas e a sua eventual influência no resultado final.

3. Imputação do conhecimento às sociedades comerciais

A imputação do conhecimento trata-se, sucintamente, de alocação de risco, ou seja, face à organização, ou a falta dela, de uma sociedade, até onde é que será legítimo imputar-lhe o conhecimento, através de uma operação normativa.

Uma pessoa coletiva não forma conhecimento, ou seja, “o ato de conhecer, pela sua natureza, nunca se forma na pessoa coletiva”, visto que esta não possui qualquer “substrato psicológico”, portanto, a imputação normativa consistirá na “dissociação entre o sujeito que conhece e aquele a quem o estado de conhecimento é atribuído”²⁹, este último será, por exemplo, a sociedade comercial X, a quem serão imputáveis os efeitos jurídicos resultantes daquela operação.

Relevante para esta operação, será ainda o escopo da imputação, tal como realçam José Ferreira Gomes e Diogo Costa Gonçalves, “«para que efeitos releva o conhecimento?»”³⁰. Como tal, teremos de atender aos valores que subjazem à imputação de determinada norma jurídica, o que leva a que perante diversos enunciados normativos, com os mesmos factos, a imputação seja, ou não, feita. Esta é a conclusão dos Autores, o que nos leva a interpretar que se

²⁸ CATARINA MONTEIRO PIRES, ob. cit., p. 40.

²⁹ JOSÉ FERREIRA GOMES e DIOGO COSTA GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às Sociedades Comerciais*, 2018, Almedina, p. 25.

³⁰ *Ibidem*, p. 30.

tratará, conforme os valores em causa, de apurar se existe um concreto dever de a sociedade, perante uma determinada situação, ter ao seu dispor uma organização que lhe permita conhecer da informação relevante à aplicação da norma. Será, portanto, uma imputação “plurifuncional e aberta (...) em função dos escopos em presença”³¹.

Como critério último, ao qual os Autores nomeiam de sinéptico, temos de procurar a justiça material do caso concreto, verificando se a solução proposta é ou não uma proposta adequada.

3.1. *A teoria do conhecimento absoluto*

A primeira tese com maior difusão foi a teoria do conhecimento absoluto, segundo a qual tudo o que os órgãos sociais de uma sociedade tivessem conhecimento, ser-lhe-ia imputável. Esta teoria teve como grande influenciadora a *Organtheorie* de Von Gierke. Para este Autor, a pessoa coletiva operava através dos seus órgãos sociais, fazendo um paralelismo com os órgãos biológicos de uma pessoa física. Assim sendo, visto que quem atua são os órgãos sociais, seriam estes que “criavam” o conhecimento da pessoa coletiva, sendo-lhe imputável o conhecimento daqueles, ou o dever de conhecer. Isto assim o era, mesmo que a representação da sociedade, para a matéria em causa, estivesse ou não assignada a pessoa X ou Y. Desde que um dos membros dos órgãos sociais conhecessem de determinado facto, a sociedade também o “conheceria”.

Na jurisprudência alemã aceitava-se que assim fosse, esteja ou não o membro no exercício de funções ou, por exemplo, de férias.

Quando à validade temporal desta imputação, o facto de esta teoria ter como fundamento a *Organtheorie*, levou a que a jurisprudência fosse “favorável à perpetuação do conhecimento imputado”³².

3.2. *A teoria da representação do conhecimento*

A teoria do conhecimento absoluto acabaria por ser afastada pela teoria da representação do conhecimento. Isto levaria a uma alteração de paradigma no que toca ao fundamento da imputação, passando este a ser feito através dos quadros gerais da representação voluntária. Quanto aos efeitos desta alteração, passou a considerar-se, na Alemanha, que o §166 BGB seria aplicável por ana-

³¹ *Ibidem*, p. 31.

³² JOSÉ FERREIRA GOMES e DIOGO COSTA GONÇALVES, ob. cit., p. 63.

logia às situações de imputação de conhecimento à pessoa coletiva, sendo para esta determinante “o estado subjetivo dos membros do órgão que tem poderes de representação”³³, abandonando a indistinção realizada pela teoria do conhecimento absoluto.

Daqui, surgiria uma lacuna e um eventual aproveitamento deste *gap*, sendo que pessoas que não tivessem poderes de representação, conhecendo algo, esse conhecimento não seria imputável à sociedade, visto que não haveria representação. Deste modo, podia a sociedade deixar de atuar através de quem teria aquele poder, passando a deixar de poder ser responsabilizada, alegando a ignorância dos factos.

Como indicado pelos autores mencionados *supra*³⁴, Reinhard Richardi veio defender que o §166/1 BGB, não teria uma regra autónoma de imputação, mas estabelecia apenas a relação entre a imputação do conhecimento e a figura da representação. Como tal, o §166/1 passaria a ser encarado como um princípio de imputação, não estreitamente ligado com a representação *stricto sensu*, podendo ser aplicável, nomeadamente, às situações de imputação que envolvessem pessoas sem poderes de representação. Para a decisão do BGH de 24-jan.-1992, o representante do conhecimento seria todo aquele que atuasse representando o dono do negócio e sendo reconhecido como representante daquele.

3.3. Teoria do risco de organização

“O conhecimento de certo estado de coisa, ou a sua ausência, é um fator de risco (*Risikiofaktor*), na medida em que o Direito associa a tais estados subjetivos, e verificados certos pressupostos, desvantagens para os sujeitos a quem tais estados se imputam”³⁵. Esta afirmação retrata na perfeição o problema que pode surgir da falta de conhecimento, na matéria em questão, do comprador, nas situações em que o deveria ter se estivesse munido de uma organização adequada.

Uma sociedade consiste num certo tipo de organização. Organização esta que variará conforme a dimensão e áreas de atuação da sociedade em causa. Como referido na obra de José Ferreira Gomes e Diogo Costa Gonçalves, à “personificação está, portanto, associado um dever de organização adequada da

³³ *Ibidem*, p. 65.

³⁴ JOSÉ FERREIRA GOMES e DIOGO COSTA GONÇALVES, ob. cit., p. 67.

³⁵ *Ibidem*, p. 77.

pessoa coletiva”³⁶, ou seja, de modo a evitar a alocação de certos riscos e assegurar a segurança no tráfego, a sociedade deve organizar-se de forma adequada a poder operar no comércio, evitando a perigosidade decorrente das interações entre os diversos agentes no mercado.

A organização irá basear-se na distribuição de competências, devendo assegurar que não ocorrerá uma fragmentação do conhecimento determinante à aplicação da normatividade, de modo a que não se corram os riscos que daí possam advir, como, por exemplo, aquele que deve atuar não ter tido acesso a uma informação relevante, conhecida por um outro agente da sociedade. Se retira o benefício, deve suportar o risco, e é nisso que se baseia a teoria da organização enquanto critério de imputação objetiva.

A imputação do conhecimento deverá, então, ser vista como uma alocação de risco. Esta operação consistirá em apurar “se o conhecimento (...) integra o risco de organização a ser suportado pela sociedade”³⁷.

O juízo de imputação operará através de duas vias, como destacam José Ferreira Gomes e Diogo Costa Gonçalves, sendo estas: o agente ter, face aos preceitos normativos relevantes, conhecimento ou, não o tendo, dever conhecer. Quanto ao dever conhecer, resta saber se existe ou não uma organização adequada.

Segundo os autores, o fundamento desta tese reside na “necessidade de proteção do comércio jurídico”, devendo a sociedade suportar o risco do conhecimento por quem atua em seu nome, visto que retira proveito deste facto.

O problema irá residir no dever conhecer. Primeiro cumpre apurar no que consiste a “adequada organização” e, depois, verificar se a sociedade em causa cumpre este critério. Caso o faça, o desconhecimento não lhe poderá ser imputável, visto que não lhe seria exigível uma organização que lhe permitisse ter conhecimento daquele facto, sendo a organização existente a adequada para aquela sociedade atuar no comércio sem colocar em causa a segurança no tráfego.

3.4. A “adequação”

Quanto ao primeiro problema, o da adequação da organização, José Ferreira Gomes e Diogo Costa Gonçalves defendem que só perante o caso concreto é que poderemos afirmar se existia uma organização adequada à distribuição da informação. Esta servirá para permitir que aquele que tem como papel

³⁶ *Ibidem*, p. 79.

³⁷ JOSÉ FERREIRA GOMES e DIOGO COSTA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 84.

cumprir a norma em causa, tenha conhecimento da informação relevante para tal, mesmo que esta seja obtida por um outro “ator” da sociedade. A análise consistirá em avaliar a adequação da sociedade para, na situação concreta, obter, gerir, conservar e distribuir a informação no seu seio.³⁸ No caso de uma *due diligence*, podemos questionar até que ponto será a organização, para a realização da mesma, apta a cumprir os critérios referidos.

Embora a sua análise dependa de uma análise casuística, os Autores traçam alguns parâmetros gerais³⁹:

- Natureza da atividade e os seus riscos, e o perigo das interações com os terceiros no âmbito da sua atividade.
- Num segundo “núcleo”, temos de atender à “extensão e complexidade da organização da sociedade”, bem como às “circunstâncias específicas das pessoas incluídas na organização”.
- Por fim, temos de atender aos “parâmetros respeitantes aos terceiros com quem interage a sociedade”.

Analisando os vários núcleos, no primeiro importa verificar a relação da sociedade com os fluxos de informação, ou seja, quanto mais “intensa, constante e dinâmica” for aquela, maior serão as exigências da referida “adequação” organizacional. É de concluir que uma sociedade comercial que vise a realização de uma aquisição de outra irá, com grande probabilidade, defrontar-se com um grande fluxo informativo, principalmente ao realizar uma auditoria. Quanto aos riscos, cumpre verificar se existem modelos de controlo e gestão de risco adequados à perigosidade da atividade. Relativamente à relação com terceiros, tal como os riscos, face à atividade concreta, diversos serão os graus de perigos que podem ser infligidos. Por exemplo, quanto maior for a confiança depositada na relação (os Autores dão o exemplo da natureza fiduciária das instituições de crédito), menor serão as defesas da parte que sairá lesada com o incumprimento dos deveres da contraparte.

Em relação ao segundo parâmetro, temos de verificar qual o risco de fragmentação do conhecimento, devido à atividade da sociedade, bem como, deverá verificar-se se quem atua por conta desta está munido dos elementos necessários para o cumprimento das suas obrigações. Quanto maior for o volume de negócios da sociedade, à partida, maiores serão as suas necessidades de se organizar e distribuir tarefas. Pense-se nos diversos departamentos que serão necessários para o correto funcionamento das diversas atividades que a

³⁸ *Ibidem*, p. 87.

³⁹ *Ibidem*, pp. 88 ss.

sociedade possa ter. Em cada um deles, deverão existir estruturas que permitam a correta partilha de informações entre os diversos núcleos que possam existir, facilitando a coordenação interna.

No terceiro núcleo, atenta-se nas circunstâncias daqueles com quem a sociedade interage, sendo que o conhecimento que a sociedade possa ter sobre estes terceiros, irá também influir nos deveres que tem para com estes, o que pode exigir um maior nível organizacional que permita o correto tratamento da informação.

4. Enquadramento com a figura do dever de informação

Agora que foi feita uma abordagem ao tema, cumpre tentar inserir esta temática no âmbito do dever de informação, tentando cruzar os dois planos.

Perante um concreto negócio, o facto de uma informação relevante para a sociedade não ter sido partilhada, quando o poderia ter sido através de uma organização adequada, leva a que a falta da mesma seja imputável à sociedade, que “podia e devia ter garantido o conhecimento relevante na formação de um concreto negócio”⁴⁰. Imaginemos a situação no âmbito de M&A. Em concreto, uma compra e venda de uma participação que permita o controlo sobre a sociedade visada. Se a sociedade compradora não possuir uma organização adequada, de que modo é que isto poderá diminuir a sua tutela perante eventuais violações do dever pré-contratual de informação por parte do vendedor? Como sabemos, a imputação de conhecimento será realizada de acordo com a norma que se pretende aplicar, o que leva a que perante diversas normas, o resultado possa ser, ou não, o da imputação.

Como já referi, a organização adequada é um dever que se impõe à sociedade, sendo que “o risco de uma organização inepta ou desadequada à realidade sócio-económica da sociedade em causa é um risco que lhe deve ser alocado”⁴¹. Portanto, ao pretender realizar um negócio de compra e venda de uma sociedade comercial, pode-lhe ser imposto que realize uma auditoria visto que, para a realização do negócio em causa, será inepta ou desadequada a organização da sociedade que não a realize, porque não tem como obter e filtrar toda a informação relevante?

Como já analisámos, à partida, tal afirmação seria contraditória com que já referimos *supra*, visto que a realização de uma auditoria será um ónus para o comprador e não um dever. Logo, não poderá ser exigível que a realize. No

⁴⁰ JOSÉ FERREIRA GOMES e DIOGO COSTA GONÇALVES, ob. cit., p. 129.

⁴¹ *Ibidem*, p. 134.

entanto, poderá haver uma inadequada organização para a realização deste tipo de negócios, visto que maior será a necessidade de tratamento do elevado fluxo de informação que daí poderá advir (potencialmente, porque dependerá da factualidade concreta). E se, para se considerar haver uma adequada organização, face ao negócio específico, é exigível auditoria? Aí deixaria de haver um ónus para passar a haver um dever, embora fundado nos “imperativos de proteção do tráfego”⁴², como o é o dever de adequada organização⁴³.

Suponhamos estar perante um caso de *culpa in contraendo*, em que o comprador vem exigir uma indemnização ao vendedor por violação do seu dever pré-contratual de informação. O vendedor, por sua vez, vem alegar que um comprador diligente deveria realizar uma auditoria, para além de que o desconhecimento do facto relevante que o comprador vem alegar ser subsumível ao dever de informação daquele, poderia ser conhecido por uma sociedade que apresentasse uma adequada organização à prossecução daquele negócio concreto. De outro modo, perante a complexidade informativa em causa, o comprador não teria como garantir que aquele que atua em seu nome, teria acesso à informação relevante, pois, não haveria quem pudesse filtrar o que seria ou não importante, logo, dificilmente poderia ser tomada uma decisão que seja adequada à normatividade em causa.

Portanto, uma adequada organização por parte do comprador permitiria que este tivesse conhecimento de determinado facto, nomeadamente se tivesse realizado uma auditoria. Então, retira-se que não há um dever de informação porque este é afastado pela violação do dever, do comprador, de garantir a proteção do tráfego, no qual se funda a teoria do risco da organização. Parece evidente haver aqui uma “zona cinzenta” de cruzamento entre as duas matérias, visto que ambas recaem sobre a informação, quem a deve ou quem a deveria conhecer.

Sendo o dever de informação graduado face ao caso concreto, como analisámos no início deste trabalho, cumpre tentar arranjar uma conciliação para os dois temas.

Embora não se trate de se imputar o conhecimento de uma pessoa que atue em nome do comprador, trata-se da falha do comprador em organizar-se adequadamente para obter certa informação. Portanto, o conhecimento que “deveria ter sido obtido e/ou ponderado” e não o foi por não haver uma adequada organização, será “imputável à sociedade”, operando uma “ficção jurí-

⁴² JOSÉ FERREIRA GOMES e DIOGO COSTA GONÇALVES, ob.cit., p. 85.

⁴³ Pese embora haja alguns ramos do Direito onde exista, efetivamente, um dever de organização, tal como no Direito dos valores mobiliários.

dica”⁴⁴, ou seja, irá imputar-se o conhecimento dessa informação à sociedade porque esta deveria conhecê-la.

Esta imputação, no entanto, será fundamentada num dever geral de proteção do tráfico, sendo que o dever de informação do vendedor é estabelecido em concreto face à relação negocial com o comprador. A existência deste dever em concreto não deve estar condicionada pelo facto de existir, ou não, uma adequada organização. Caso assim o fosse, o comprador que viesse a provar o seu direito à informação, logo poderia vê-lo afastado pelo facto de o vendedor lograr provar que o comprador não possuía uma organização adequada para a realização daquele negócio, visto não estar devidamente preparado para a obtenção e tratamento dos fluxos informativos

Como vemos, a ilicitude por violação dos deveres de adequada organização do conhecimento, cria um problema adicional à determinação do dever de informação e à discussão de se a realização de uma *due diligence* é ou não um ónus (ou dever) de auto-informação por parte do comprador.

Tentando dar um exemplo casuístico, embora hipotético, imaginemos um caso em que temos uma sociedade que tem como atividade sócio-económica a compra e venda de empresas que pensa terem potencial para valorização, para, de seguida, tentar vendê-las com uma mais-valia. Sendo esta a sua atividade, a sociedade em causa tem de ter uma organização adequada à prossecução da sua atividade, caso contrário, correrá o risco de lhe serem imputadas responsabilidades que surjam pela falta daquela, como já analisámos. Como tal, deverá entender-se ser adequado ter departamentos (por exemplo, jurídico, financeiro, contabilístico, etc.) que lhe permitam um exame minucioso do objeto que pretende adquirir, na sua atividade serão as empresas, visto ser o que se espera de alguém que tenha esta como atividade sócio-económica e atue com diligência média. Imaginemos que esta sociedade, porventura, tem um departamento jurídico inadequado à análise detalhada da situação da sociedade visada. Ora, o desconhecimento de informação que daí possa advir, sendo-lhe exigido uma especial organização face à maior complexidade da sua atividade, leva a que, face ao risco da organização, imputemos o conhecimento à sociedade, embora não o conheça efetivamente, visto que tem um dever de. Parece evidente que nestes casos se exija um elevado grau de auto-informação, o que vai deixar o dever de informação da contraparte bastante reduzido.

Embora este caso seja de fácil verificação, a factualidade concreta poderá não ser tão clara, sendo o grande problema a delimitação de onde começa um dever de uma parte e termina o dever paralelo da outra.

⁴⁴ JOSÉ FERREIRA GOMES e DIOGO COSTA GONÇALVES, ob.cit., p. 85.

5. Conclusão

Parece-me que, sempre que esteja em causa uma pessoa coletiva, a temática da imputação do conhecimento será essencial para a aplicabilidade da normatividade em causa, estranha até o facto de na doutrina e na jurisprudência portuguesa, em matéria civil/comercial, tal temática ter uma importância escassa. A informação é crucial para qualquer tipo de negócios, e o seu conhecimento, desconhecimento e dever de conhecer, compõem o núcleo para a resolução prática dos problemas.

Voltando à discussão inicial para concluirmos o trabalho, parece-me que a solução material adequada para a discussão da exigibilidade de realização de uma *due diligence*, reforçada pelo que se analisou no cruzamento com a matéria da imputação do conhecimento, será a de defender que, num caso de violação do dever de informação por parte do vendedor, violando, por exemplo, o artigo 227.º do Código Civil, a solução da “culpa do lesado”, na eventual responsabilidade que poderá ser imputável ao vendedor, será a resposta dogmaticamente mais adequada ao problema. Primeiro, porque como vimos, não existe um dever de auto-informação (mas sim um dever de adequada organização, como verificámos), sendo, no entanto, defensável a existência de um ónus, o que consistiria, no âmbito de M&A, na realização de uma “auditoria”. Segundo, porque o dever de informação do vendedor não parece ser afastado pela condição de existir ou não uma diligência adequada do comprador.

Embora o comprador viole o seu dever de se organizar adequadamente, o que levaria à alocação do risco à sociedade, resultando na imputação do conhecimento daquele facto relevante, não parece haver justiça material (o que, como vimos, é o critério final para se determinar se se deve imputar o conhecimento – “sinéptico”) no afastamento do dever de informação por parte do vendedor nos casos em que se verifique aquela violação, o que levaria a que, perante pessoas coletivas, o dever de informação do vendedor estivesse subordinado à existência de uma adequada organização, o que se tornaria numa desproporcionada desoneração dos deveres do vendedor. Embora esta pareça ser a melhor solução em casos de *culpa in contraendo*, com maior dificuldade poderemos defender que o negócio será, por exemplo, anulável por erro-vício.

Não parece ser justificável o comprador suportar um risco tão grande por não ter ao seu dispor uma organização adequada, embora viole os imperativos de proteção do tráfego, sendo que de outro modo, o equilíbrio negocial pendia, em clara desproporção, contra o comprador, quando na verdade, o vendedor está onerado com o dever de informar o comprador, não parecendo plausível o afastamento do mesmo pela falta de diligência deste. Parece-me que a proposta da eventual diminuição da sua responsabilidade perante a falta

de diligência, será mais adequada e visará um maior equilíbrio contratual, que o nosso ordenamento procura assegurar em certa medida. O comprador não poderá ficar, então, sem soluções jurídicas pelo facto de não se organizar de forma adequada à sua atividade sócio-económica, pois, sobre o vendedor recai um dever concreto face à sua contraparte, enquanto que o dever geral de segurança no tráfego não se funda na relação entre os dois contraentes.

Concluindo, a adequada organização traz um critério importante e adicional à solução dos casos em que estão em causa eventuais violações do dever de informação, quando o comprador é uma pessoa coletiva. Outro aspeto que será interessante à solução será a equação entre a adequação das organizações de cada uma das pessoas coletivas em causa – quando ambas as partes o são – algo que irá moldar a resposta concreta que, como vimos, será graduada casuisticamente.

Filiação biológica – Impugnação da perfilhação
Justificação do regime aberto do artigo 1859.º do Código Civil
(por comparação com as limitações do regime algo fechado da impugnação
da paternidade, dos artigos 1838.º e seguintes do CC)

ANA ESTEVES DA CUNHA*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Estabelecimento da filiação: 2.1. Filiação natural e vínculo filial; 2.2. O estabelecimento da maternidade; 2.3. O estabelecimento da paternidade: 2.3.1. A presunção de paternidade do artigo 1826.º, n.º 1; 2.3.2. A perfilhação; 2.4. O reconhecimento judicial. 3. Impugnação da paternidade presumida nos termos do artigo 1826.º: 3.1. Legitimidade; 3.2. Fundamentos; 3.3. Prazos. 4. Impugnação da perfilhação: 4.1. Legitimidade activa; 4.2. Legitimidade passiva; 4.3. Fundamentos; 4.4. Prazo. 5. As diferenças de regime à luz da tutela do princípio da verdade biológica. 6. Conclusões.

1. Introdução

Com o presente trabalho, pretendo apresentar um pequeno contributo para a explicação do regime fixado no artigo 1859.º do Código Civil¹, relativo à impugnação da perfilhação, à luz do chamado princípio da verdade biológica²,

* Advogada, Pós-Graduada pela Faculdade de Direito de Lisboa em Direito das Crianças, Família e Sucessões e Sócia da Albuquerque & Almeida Advogados.

¹ São do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25/11/1966 (alterado por último pela Lei n.º 85/2019, de 03/09), todos os artigos citados sem indicação de outra fonte.

² No sentido de que se pretende fazer coincidir a filiação jurídica com a filiação biológica. OLIVEIRA, Guilherme, *Crítérios Jurídicos da Parentalidade*, in *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Coimbra 2016 (págs. 271–306), pág. 304 (nota 94). OLIVEIRA, Guilherme, *O Estabelecimento da Filiação: Mudança Recente e Perspectivas*, in *Temas de Direito da Família*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, págs. 57–75. REIS, Rafael, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas No Regime Jurídico da Filiação – O Princípio da Verdade Biológica; As excepções ao “Biologismo”, Caducidade do Direito de*

que, tem-se entendido, caracteriza o sistema jurídico Português resultante da reforma de 1977³.

Como se terá oportunidade de verificar, esse regime é por assim dizer aberto, concedendo o legislador com grande amplitude o afastamento da perflhação – em termos de prazo para intentar a acção de impugnação (a todo o tempo) e de legitimidade para o efeito (ao perflhante, ao perflhado, a quem mostrar interesse patrimonial ou moral, a que acresce a legitimidade autónoma do Ministério Público), e ainda quanto à fixação dos requisitos de procedência do pedido de impugnação (em certos casos, parece, mediante mera negação).

Isto principalmente se tivermos por comparação o regime fixado nos artigos 1838.º e seguintes, relativo à impugnação da paternidade presumida nos termos do artigo 1826.º – como veremos, o afastamento desta presunção é admitido de forma restritiva, obedecendo a apertados requisitos, incluindo limites temporais (sujeição a prazos), devendo a acção ser intentada (e apenas por certas e determinadas pessoas, e sem que o Ministério Público tenha legitimidade autónoma) dentro de determinado prazo.

Julgo que essas diferenças de regime entroncam, directamente, na radical diferença que existe nos mecanismos de estabelecimento de paternidade cuja impugnação está em jogo: de um lado, a perflhação, que é um acto voluntário da parte do perflhante (artigo 1849.º)⁴, e de outro a paternidade presumida do

Investigar a Maternidade e a Paternidade – a Solução do Artigo 1817.º do Código Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 151 e ss.

³ É dado assente na nossa doutrina que o sistema resultante da reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro (que deu cumprimento ao imperativo constitucional dimanante do disposto no n.º 3 do artigo 293.º da Constituição aprovada em 2/4/1976) é *biologista*. LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume V, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 259, dizem inclusivamente que a reforma de 1977 teve os seus passos dominados, no que à relação de filiação diz respeito, pelo *furor da verdade biológica*; OLIVEIRA, Guilherme, *Crítérios Jurídicos* cit., pág. 304 e ss, crítica o sistema, mostrando abertura para o reconhecimento da verdade sócio afectiva, a posse de estado de filho, como fundamento normal e suficiente para estabelecer a paternidade ou a maternidade; e CORTE-REAL, Pamplona, *Direito da Família e das Sucessões, Relatório, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1996, págs. 93-103, aponta as incoerências do sistema face à *primacial valência* da chamada verdade biológica. Para uma síntese das limitações do sistema veja-se TEIXEIRA, Alice, *Princípios Informadores do Estabelecimento da Filiação no Direito da Família*, in *Temas de Direito da Filiação*, AAFDL, Lisboa, 1994 (págs. 207-262), págs. 243 e ss.

⁴ Discute-se a natureza jurídica desse acto de vontade: se verdadeiro negócio jurídico, se declaração não negocial, ou se quase negócio jurídico. Para um enunciado breve das várias posições, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/05/2014, disponível em www.dgsi.pt (Relator: João Vaz Gomes). Na doutrina veja-se, com ampla indicação bibliográfica, ALBUQUERQUE, Pedro de, *Autonomia da Vontade e Negócio Jurídico em Direito da Família (Ensaio)*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (146), Lisboa 1986, págs. 84-99); VILALONGA, José, *Declaração de Maternidade e Perflhação, Contributo para um Estudo Comparativo dos dois Institutos*, in *Temas de Direito da Filiação*, AAFDL, Lisboa,

artigo 1826.º, que constitui um mecanismo jurídico que, com base nas regras da experiência (ou tendo por base padrões de normalidade), visa detectar a filiação biológica.

Essa diferença de fundo dos mecanismos de estabelecimento de paternidade permite ao legislador, a meu ver, no caso da perfilhação, conferir total primazia ao referido princípio da verdade biológica, de tal forma que quando impugnada pela mãe ou pelo perfilhado, a falta de prova (e por maioria de razão, a falta de alegação) pelo perfilhante de que coabitou com a mãe do perfilhado no período de concepção será suficiente, parece, para a procedência da impugnação.

No caso da paternidade presumida o legislador optou, em determinadas circunstâncias, pela manutenção da filiação estabelecida por presunção, ainda que essa manutenção possa, em concreto, ir contra o princípio da verdade biológica.

À luz desta ideia de base, analisarei o regime fixado no Código Civil para a impugnação da perfilhação, por comparação com o fixado para a impugnação da paternidade presumida⁵.

Começarei, contudo, por olhar para os mecanismos de estabelecimento de paternidade cuja impugnação está em jogo: de um lado, a perfilhação, e de outro a paternidade presumida do artigo 1826.º. A análise desses mecanismos de estabelecimento de paternidade obriga a uma análise, ainda que breve, dos mecanismos de estabelecimento da maternidade.

Em qualquer dos casos, terei por modelo de análise o regime por assim dizer geral, constante do código civil, que se ocupa da filiação biológica ou filiação em sentido estrito⁶, que decorre do fenómeno da procriação, deixando

1994 (págs. 157–206), pág. 195 e ss., e PINTO, Ferreira, *Filiação Natural, Doutrina- Legislação-Jurisprudência*, 2.ª Ed., ELCLA Editora, Porto, 1996. Julgo que da natureza do acto não derivam consequências de regime, e por isso a discussão em causa em nada releva para o tema em análise neste trabalho. Em sentido contrário, seguindo a tese de OLIVEIRA, Guilherme, *Impugnabilidade da Perfilhação, Temas de Direito da Família*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2001, págs. 17–32, entendendo que a natureza do acto de perfilhação conforma a natureza da impugnação da perfilhação, veja-se, Acórdão do STJ de 16/04/2013, disponível em www.dgsi.pt (Relator: Helder Roque).

⁵ Um trabalho de maior fôlego obrigaria a ter em conta, na comparação, os regimes estabelecidos no CC quer para a impugnação da maternidade, quer para a investigação da maternidade/paternidade. Pois em boa verdade, em todas estas áreas está em jogo, sempre, a manifestação de valores do sistema subjacentes ao estabelecimento da filiação.

⁶ E que é a principal modalidade de filiação. Veja-se PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família contemporâneo*, 6.ª edição AAFDL, Lisboa, 2018, págs. 92 e ss, onde se justifica, também, a escolha da expressão filiação biológica, em detrimento da expressão filiação natural.

de fora os casos particulares implicados no regime da procriação medicamente assistida⁷.

Após a análise dos regimes da impugnação da perfilhação e da impugnação da presunção de paternidade, procurarei verificar em que medida esses regimes são ou não norteados pelo referido princípio de tutela da verdade biológica, e em caso afirmativo, se é ou não a maior tutela desse princípio nos casos de perfilhação que justifica a diferença de tratamento com relação aos casos de funcionamento da presunção de paternidade.

A final, apresentarei, de forma breve, as minhas conclusões principais.

2. Estabelecimento da filiação⁸

2.1. *Filiação natural e vínculo filial*

A filiação é um vínculo de base natural, mas é também um vínculo jurídico, cuja eficácia prática está intimamente ligada ao respectivo registo. Enquanto vínculo de base natural, a filiação resulta da procriação por um homem e uma mulher, estando sempre presentes os genes de um e de outro, mesmo que não resultante de acto sexual⁹. A filiação natural ou biológica une duas pessoas em virtude de uma ter gerado a outra. Contudo, não basta a mera filiação natural para que se produzam os efeitos jurídicos do vínculo filial, sendo necessária que aquela filiação natural seja recebida ou reconhecida na ordem jurídica, como determina o artigo 1797.^o. A lei chama estabelecimento da filiação a este fenómeno de recepção ou reconhecimento na ordem jurídica do vínculo de filiação e regulado nos artigos 1796.^o e seguintes. Além disso, a filiação deve constar

⁷ O regime da procriação medicamente assistida consta da Lei n.º 32/2006, de 26/7, alterada, por último, pela Lei n.º 48/2019, de 8/7, a qual fixa regras relativas ao estabelecimento da filiação relativamente aos entes nascidos por via do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida admitidas – confirmam-se os artigos 20.^o, n.ºs 1 e 3, 21.^o e 23.^o. Já em 1977, o Código Civil havia aceite a relevância da procriação medicamente assistida, ao dar nova redacção dada ao artigo 1801.^o, que substituiu por assim dizer a norma que até aí a negara (artigo 1799.^o, da versão inicial do CC). Mas só com a publicação da Lei n.º 32/2006, é que se consagrou um regime geral através do qual se confirma que os beneficiários de técnicas de procriação medicamente assistida são juridicamente pais da criança nascida por causa da aplicação de tais técnicas.

⁸ Para maiores desenvolvimentos, em geral, veja-se a obra, ainda actual, de OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da Filiação, Notas aos artigos 1796.º a 1873.º do Código Civil*, Almedina, Coimbra, 1979.

⁹ Como referido, a procriação pode resultar da chamada procriação medicamente assistida, em que há a formação de um embrião sem acto sexual. As técnicas de procriação medicamente assistida admitidas encontram-se reguladas na referida lei n.º 32/2006. Para maiores (e profundos) desenvolvimentos, veja-se PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito* cit., pág. 159 e ss, com amplas indicações bibliográficas.

do registo, sendo que nos termos do artigo 1802.º, a prova da filiação só pode fazer-se, salvo nos casos previstos na lei¹⁰, pela forma estabelecida nas leis de registo civil¹¹. Dito de outra forma, não basta que o facto da procriação exista. Se alguém nasceu, necessariamente foi procriado. O importante para o direito é que o facto da procriação seja juridicamente estabelecido, mediante a identificação dos pais do ente procriado. É necessário, em suma, averiguar quem são os progenitores do ente e reconduzir essa averiguação ao plano documental do registo do estado civil para, a partir daí, retirar da relação de filiação todas as suas consequências jurídicas. A relação paternidade ou maternidade-filiação constitui um vínculo de parentesco em 1.º grau da linha recta (artigo 1578.º). E quando estabelecida, produz efeitos jurídicos em dois níveis: efeitos quanto a qualquer dos pais e quaisquer filhos (efeitos gerais da filiação)¹², e efeitos acerca do filho menor¹³.

Ora o facto da procriação, se é (via de regra) fácil de provar (e levar ao registo) em relação à mãe, já não é do mesmo modo em relação ao pai. Isto porque a relação natural mãe-filho é patente e clara no momento do parto (embora já não posteriormente), enquanto que a relação natural filho-pai

¹⁰ Como sucede no caso da verificação dos impedimentos de casamento (dirimentes relativos), fixados nas alíneas a), b) e c) do artigo 1602.º (artigo 1603.º).

¹¹ Artigos 2.º e 4.º do Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto Lei n.º 13/95, de 6 de Junho, alterado, por último, pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto.

¹² A relação paternidade ou maternidade-filiação, quando estabelecida, releva, entre outros, para efeitos (conforme regime constante do CC) de i) impedimentos de casamento (artigos 1602.º, alíneas a), c) e d), e 1604.º, alínea c), iii) atribuição de direitos sucessórios (artigos 2133.º, n.º 1, alíneas a) a d) e 2157.º), iv) atribuição de direitos de indemnização por danos morais (artigo 496.º, n.ºs 2 e 3), v) direito a alimentos (artigo 2009.º, n.º 1, alíneas b) a e), vi) atribuição de legitimidade (entre outros, vejam-se os artigos 71.º, 100.º, 141.º, n.º 1, 242.º, n.º 2, 976.º, n.º 3, 1281.º, 1639.º, 1677.º, n.º 2, 1785.º, n.º 2, 1819.º, n.º 1, 1825.º, 1844.º, n.º 1, 1046.º, n.º 2, 1862.º, 1890.º, n.º 2, 1891.º, n.º 1, 1893.º, n.º 3, e 1898.º, n.º 1).

¹³ Neste último caso, da filiação estabelecida decorre (via de regra) uma ligação jurídica mais estreita entre os pais e os filhos, chamada, actualmente, de responsabilidades parentais, regulada em geral nos artigos 1877.º e seguintes do CC – a actual designação foi introduzida pelo artigo 3.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que substituiu a anterior designação, poder paternal. De notar que o legislador da Lei n.º 61/2008 (que teve por escopo a alteração do regime jurídico do divórcio) não teve em conta que o regime do poder paternal se encontra previsto no CC para além da Secção II do Capítulo II do título III do livro IV do Código Civil do Livro IV, relativo ao Direito da Família (confirmam-se os artigos 17.º, n.º 3, 85.º, n.º 2, 124.º, 125.º, 318.º, 1612.º, 1832.º, 1920.º-B, 1921.º, 1928.º, 1933.º, 1961.º e 2297.º), cujos preceitos não foram abrangidos pelo n.º 2 do artigo 3.º da citada Lei, que apenas mandou substituir a expressão poder paternal por responsabilidades parentais, em todas as disposições da Secção II do Capítulo II do título III do livro IV do Código Civil; a limitação é tão ou mais estranha quando a secção seguinte (Secção III), tem por epígrafe *Meios de Suprir o Poder Paternal*.

decorre de um processo biológico oculto, só determinável por presunções¹⁴. A lei, partindo desta diversidade factual, regula dois regimes de estabelecimento da relação de filiação que se apresentam profundamente distintos, consoante se trata do estabelecimento da filiação quanto à mãe (estabelecimento da maternidade) ou do estabelecimento da filiação quanto ao pai (estabelecimento da paternidade): relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.º a 1825.º (artigo 1796.º, n.º 1); a paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento – por perfilhação ou decisão judicial em acção de investigação (artigos 1796.º, n.º 2 e 1847.º).

2.2. O estabelecimento da maternidade¹⁵

Relativamente à mãe, preceitua-se no artigo 1796.º, n.º 1 que a filiação resulta do facto do nascimento. E isto vale quer a mãe seja casada, quer não. O estabelecimento da relação de filiação quanto à mãe assenta, em princípio, na declaração de maternidade no registo de nascimento, o que acentua a verdade biológica¹⁶. O reconhecimento judicial surge como uma forma anormal de estabelecimento da maternidade. Com efeito a maternidade estabelece-se, em regra, por declaração no registo civil (artigo 1803.º). O nascimento deve ser declarado verbalmente dentro dos 20 dias seguintes (artigo 96.º do Código do Registo Civil). A declaração é obrigatória, e compete, sucessivamente às seguintes pessoas e entidades (artigo 97.º, n.º 1 do Código do Registo Civil): i) aos pais ou a outros representantes legais do menor ou a quem por eles seja, para o efeito, mandatado por escrito particular; ii) ao parente capaz mais próximo que tenha conhecimento do nascimento; e iii) ao director ou administra-

¹⁴ Contudo, para PEREIRA, Margarida Silva, *Direito da Família*, 3.ª Ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2019, pág 742 “a paternidade é, tal como a maternidade, um facto biológico; as dificuldades para o seu apuramento já não se fazem sentir na actualidade, fruto do desenvolvimento científico. Concluímos que a paternidade é, desta forma, um facto biológico quase tão ostensivo quanto a maternidade.”

¹⁵ Para maiores desenvolvimentos veja-se OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da Filiação, Notas cit.*, págs. 7 e ss. e 21 e ss. MENDES, Castro/SOUSA, Teixeira de, *Direito da Família*, AAFDL, Lisboa, 1990/1991, págs. 239 e ss.; PINTO, Ferreira, *Filiação cit.*, págs. 55 e ss.; LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código cit.*, anotação aos artigos 1803.º e ss., págs. 38 e ss.; COELHO, F. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família* (com a colaboração de Rui Mora Ramos), Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 57 e ss.; PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito cit.*, págs. 98 e ss.; PEREIRA, Margarida Silva, *Direito cit.*, págs. 685 e ss.

¹⁶ Como diz OLIVEIRA, Guilherme, *Crítérios cit.*, pág. 273, o critério biológico foi sempre mais fácil de seguir quanto à maternidade, pelo carácter ostensivo do vínculo.

dor ou outro funcionário por eles designado da unidade de saúde onde ocorreu o parto ou na qual foi participado o nascimento; o cumprimento da obrigação por alguma das pessoas ou entidades mencionadas desonera todas as demais (artigo 97.º, n.º 2 do Código do Registo Civil).

Quando o nascimento não seja declarado no prazo legal, o Código do Registo Civil (artigo 98.º) estabelece que as autoridades administrativas e policiais ficam obrigadas a participar o facto ao conservador ou ao Ministério Público, a fim de ser suprida a omissão do registo; e que igual participação pode ser feita por qualquer pessoa, ainda que sem interesse especial na realização do registo. A intenção do legislador é a de que a maternidade seja estabelecida, tanto assim que a pendência do processo instaurado na sequência da participação feita não impede que a declaração de nascimento seja voluntariamente prestada e o registo omisso lavrado (artigo 98.º, n.º 3 do Código do Registo Civil).

No caso de declaração de nascimento ocorrido há menos de um ano, a maternidade indicada nos termos acima referidos (pessoa com legitimidade para o fazer) considera-se estabelecida (artigo 1804.º, n.º 1). Se o nascimento tiver ocorrido há um ano ou mais, a maternidade indicada apenas se considera desde logo estabelecida se o declarante for a mãe ou um seu representante se ela não estiver presente no acto do registo (artigo 1805.º, n.º 1). Se assim não acontecer, a mãe pode negar a maternidade indicada pelo declarante, ficando a declaração sem efeito (artigo 1805.º, n.ºs 2 a 4).

Pode ainda a mãe, a todo o tempo, fazer a declaração de maternidade se o registo for omisso quanto a esta, salvo se tratando-se de filho nascido ou concebido na constância do matrimónio, existir perfilhação por pessoa diferente do marido (artigo 1806.º, n.º 1). A razão desta proibição é fácil de se atingir: pois se fosse admitida esta declaração de maternidade, automaticamente iria operar a presunção de paternidade do marido (artigo 1826.º), a qual se iria sobrepor à paternidade do perfilhante. Nestes casos, a mãe terá de intentar a acção prevista no artigo 1824.º, para se poder dar oportunidade para uma impugnação de paternidade do marido¹⁷.

Se a maternidade não resultar de declaração, abre o legislador a possibilidade de ser judicialmente reconhecida, em acção especialmente intentada pelo filho para esse efeito contra a mãe, nos termos dos artigos 1814.º e seguintes¹⁸.

¹⁷ Neste sentido, veja-se COELHO, F. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso* cit. pág. 108. Para uma crítica ao regime do artigo 1806.º (e do artigo 1832.º n.º 1) veja-se, LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código* cit., págs. 51-53 e 148-155.

¹⁸ O artigo 1823.º abre a possibilidade de se impugnar a paternidade do marido no quadro da acção de investigação da maternidade. Sobre as questões que este preceito coloca (incluindo o modo de se

Se a maternidade estabelecida nos termos acima referidos não for a verdadeira, pode ser impugnada em juízo nos termos do artigo 1807.º, ou seja, a todo o tempo (sem prazo), pela pessoa declarada como mãe, pelo registado, por quem tiver interesse moral ou patrimonial na procedência da acção ou pelo Ministério Público. Quer isto dizer que é possível um controlo posterior da veracidade da maternidade estabelecida, através da acção de impugnação da maternidade, permitindo a lei corrigir uma maternidade que não corresponde à verdade biológica¹⁹.

Para o caso de a maternidade não estar mencionada no registo, prevê-se a averiguação oficiosa nos termos dos artigos 1808 a 1813.º, a averiguação oficiosa poder-se-á conduzir a uma declaração de maternidade (artigo 1808.º, n.º 3) ou à propositura de uma acção de investigação (artigo 1808.º, n.º 4). A averiguação oficiosa não é assim um modo de estabelecimento da maternidade, mas sim um mero processo imposto por lei com o fim de levar através de uma das referidas formas (declaração ou reconhecimento judicial) a tal estabelecimento²⁰.

2.3. O estabelecimento da paternidade²¹

No que respeita à filiação relativamente ao pai, o legislador estabeleceu regime diverso consoante se trate de filho de mulher casada ou não (artigo 1796.º, n.º 2). No caso de filho de mulher casada, a filiação relativamente ao pai resulta de presunção, que aponta para o marido da mãe. No caso de filho de mulher não casada, o estabelecimento de filiação resultará de perfilhação ou de reconhecimento judicial²². Esta distinção entre filhos nascidos do casamento

aplicarem as regras que regem a legitimidade activa para impugnar no case de existir uma perfilhação veja-se LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código cit*, anotação ao artigo 1823.º, págs. 103 e ss., e COELHO, F. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso cit.*, pág. 79 e ss.

¹⁹ Sobre o regime desta acção, veja-se COELHO, F. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso cit.* págs. 67 e ss., e PINTO, Ferreira, *Filiação cit.*, págs. 66 e ss.

²⁰ O mesmo valendo para a averiguação oficiosa da paternidade. Neste sentido, por todos, veja-se COELHO, F. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso cit.* pág. 194.

²¹ Para maiores desenvolvimentos veja-se OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da Filiação, Notas cit.*, págs. 7 e ss e 58 e ss. MENDES, Castro/SOUSA, Teixeira de, *Direito cit.*, págs. 270 e ss.; PINTO, Ferreira, *Filiação cit.*, págs. 137 e ss.; LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código cit.*, anotação aos artigos 1826.º e ss., págs. 114 e ss. COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso cit.* págs. 86 e ss. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito cit.*, págs. 109 e ss.; PEREIRA, Margarida Silva, *Direito cit.*, págs. 685 e ss.

²² Até à reforma do Código Civil operada pelo 496/77, de 25 de Novembro, os filhos nascidos fora do casamento eram tidos como ilegítimos. O regime inicial do Código Civil constituía por assim dizer desenvolvimento do previsto no artigo 12.º da Constituição de 1933, que estipulava que a constituição de família assentava no casamento e na filiação legítima (§ 1.º). Estes filhos teriam a plenitude

e filhos nascidos fora do casamento tem suscitado a questão da constitucionalidade do regime: não será essa distinção discriminatória, colidindo com o n.º 4 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa? Não seria de estender a presunção de paternidade constante do artigo 1826.º do CC ao homem que viva em condições análogas às dos cônjuges com a mãe, ou seja, alargar o âmbito da presunção de paternidade à união de facto? É que também na união de facto encontramos a exclusividade e o carácter monogâmico, e por isso a convivência em condições análogas às dos cônjuges deveria ser o suficiente para levar a concluir a elevada probabilidade de que o filho da unida de facto seja do outro unido de facto. Apesar do manifesto interesse da discussão, não cabe no objecto deste estudo a sua análise²³.

2.3.1. A presunção de paternidade do artigo 1826.º, n.º 1

Nos termos do artigo 1826.º, n.º 1, presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do casamento tem como pai o marido da mãe²⁴. Esta regra tem que ser relacionada com o momento legal da concepção (prazo legal de concepção), previsto no artigo 1798.º. Da conjugação do disposto nos artigos 1826.º, n.º 1 e 1798.º, um de três casos pode ocorrer²⁵: i) filho nascido

de direitos; já os filhos ilegítimos perfilháveis, mesmo nascituros, poderiam vir a ter direitos (que a constituição considerava) convenientes à sua situação, em especial direitos a alimentos, mediante investigação acerca das pessoas a quem incumbia essa prestação (artigo 12.º, § 2.º). Os filhos ilegítimos estavam sujeitos a um estatuto social e jurídico desfavorável. Sobre o regime inicial do CC, veja-se, TEIXEIRA, Alice, *Princípios* cit., págs. 218 e ss. Sobre o regime do CC à luz do enquadramento constitucional Português, veja-se GOMES, Carla Amado, *Filiação, Adopção e Protecção de Menores – Quadro Constitucional e Notas de Jurisprudência*, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 4, n.º 8 (2007), págs. 15-39.

²³ Sobre o tema veja-se CRUZ, Rossana Martingo, *O estabelecimento da filiação e a Constituição da República Portuguesa – Alguns Pontos de Discussão*, Cadernos de Direito Actual, n.º 5 (2017), págs. 11-24 (págs. 15-18); REIS, Rafael, *O Direito* cit., págs. 220 e ss. COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme, *Curso* cit., pág. 92; e PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito* cit., págs. 111-113; e PEREIRA, Margarida Silva, *Direito* cit., pág. 691.

²⁴ Trata-se da máxima antiga *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (D.2,4,5). Sobre a justificação desta regra, com amplas referências históricas, OLIVEIRA, Guilherme, *Critério* cit., págs. 146 e 149 e ss. Vigora regra idêntica na generalidade dos sistemas jurídicos com os quais o nosso tem mais afinidade: Espanhol, Francês, Italiano, Alemão – confira-se, CRUZ, Rossana Martingo, obra citada, pág. 15 (nota 22).

²⁵ Para maiores desenvolvimentos, veja-se OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação*, *Notas* cit., págs. 71 e ss. LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código* cit., anotação ao artigo 1832.º, págs. 147 e ss. COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso* cit., págs. 90 e ss.

e concebido no casamento: nascimento e prazo legal de concepção ocorreram estando a mãe casada com a mesma pessoa. Neste caso, só há que aplicar o artigo 1826.º, n.º 1: funciona em pleno a presunção; ii) filho nascido no casamento, mas concebido antes: durante todo o prazo legal da concepção a mãe não estava ainda casada, já o estando no momento do nascimento. Neste caso, aplica-se o artigo 1828.º: a presunção cessa se a mãe ou o marido declararem, no acto do registo do nascimento que o marido não é o pai; e iii) filho nascido depois do casamento, mas concebido no casamento. Neste caso, a lei procura fixar não quando cessou o casamento, mas sim a coabitação, aplicando-se o artigo 1829.º.

O legislador prevê casos de reinício (artigo 1830.º) e de renascimento (artigo 1831.º)²⁶ da presunção de paternidade, procurando adaptar o regime legal às vicissitudes das relações conjugais. Já no artigo 1832.º o legislador admite que a mãe casada declare no registo civil que o filho não é do marido, com o que cessa a presunção de paternidade²⁷. O marido da mãe ou o filho poderão intentar a acção prevista no artigo 1831.º, por remissão feita pelo artigo 1832.º, n.º 6. Nessa acção renasce a presunção do artigo 1826.º, caso fique provado que no período legal de concepção existiram relações entre os cônjuges que tornem verosímil a paternidade do marido da mãe ou que o filho, na ocasião do nascimento, beneficiou de posse de estado relativamente a ambos os cônjuges (tal como definido no n.º 2 do artigo 1831.º).

No caso de a mãe ter feito a declaração do artigo 1832.º, n.º 1, admite-se ainda que possa desde logo ser feita perfilhação (artigo 1832.º, n.º 2). Caso tenha havido perfilhação, o marido da mãe ou o filho que tenham intentado a acção prevista no artigo 1831.º, por remissão feita pelo artigo 1832.º, n.º 6, terão que demandar também o perfilhante (artigo 1831.º, n.º 3).

2.3.2. *A perfilhação*

Como acima referido, a relação de paternidade quanto aos filhos nascidos fora do casamento estabelece-se por reconhecimento (artigo 1796.º, n.º 2). Duas são as formas desse reconhecimento: a perfilhação e o reconhecimento

²⁶ Sobre o problema de saber se o decurso dos prazos de caducidade normais que valem para a impugnação da paternidade constituem ou não obstáculos à acção prevista no artigo 1831.º, e sobre a definição da posição processual do eventual perfilhante, veja-se COELHO, F. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso cit.*, págs. 116 e ss.

²⁷ Este regime, que é o actualmente em vigor (desde 01/01/2002), resultou do Decreto Lei n.º 273/2001, de 13 de Outubro.

judicial (artigo 1847.º). A perfilhação é o acto pelo qual uma pessoa declara relevantemente, de forma livre, que certa outra é seu filho (artigo 1849.º e seguintes). A perfilhação, como modo voluntário de estabelecimento da paternidade, merece do legislador um tratamento de (grande) favor nos artigos 1850.º e seguintes (no sentido de se favorecer o próprio acto da perfilhação)²⁸.

Com efeito, o legislador facilita bastante o próprio acto da perfilhação. Isso resulta, por um lado, do facto de a lei conferir capacidade para perfilhar aos indivíduos com mais de 16 anos, bem como aos interditos desde que não o sejam por anomalia psíquica e aos inabilitados; tudo sem autorização dos pais, tutores ou curadores. Por outro, do facto de a lei admitir a perfilhação ainda que o facto de a maternidade do perfilhando não se encontre declarado no registo (artigo 1851.º). E por fim, de a lei aceitar que a perfilhação possa ser feita mediante o recurso a um amplo leque de formas (artigo 1853.º): declaração prestada junto do registo civil, testamento, escritura ou termo lavrado em juízo; e a todo o tempo (artigo 1854.º), antes ou depois do nascimento do filho ou mesmo depois da morte deste. Para o caso da perfilhação do nascituro rege o artigo 1855.º, que estabelece que a mesma só é válida se for posterior à concepção e o perfilhante identificar a mãe; quanto à perfilhação de filho (pré) falecido, rege o artigo 1856.º, que prevê que a mesma só produz efeitos em favor dos seus descendentes (caso os descendentes sejam maiores, a perfilhação dependerá do consentimento destes: artigo 1857.º)²⁹. Quanto à perfilhação de maiores ou emancipados, rege o artigo 1857.º, que faz depender a perfilhação do consentimento dos perfilhados)³⁰.

A facilitação do acto da perfilhação resulta ainda, embora de forma indirecta (no sentido de que está em causa manter-se a perfilhação) por um lado, do facto de o legislador ter consagrado que não obsta à validade da perfilhação o facto de a mesma ter sido feita com clausulas que limitem ou modifiquem os efeitos que lhe são atribuídos por lei, ou sob condição ou termo, clausulas essas que se terão por não escritas (artigo 1852.º). E por outro, do facto de o legislador ter estabelecido a irrevogabilidade da perfilhação (artigo 1858.º), bem como um regime especial para a anulação da perfilhação por erro ou coacção e para a anulação por incapacidade (artigos 1860.º a 1861.º).

²⁸ Veja-se, por todos, com amplas referências históricas, OLIVEIRA, Guilherme, *Critério* cit., em especial págs. 403 e ss e 430 e ss.

²⁹ Para maiores desenvolvimentos, veja-se COELHO, F. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso* cit. Págs. 172-174.

³⁰ Para maiores desenvolvimentos, veja-se, criticamente (quanto à necessidade de consentimento do perfilhado nestes casos, que apelidam de *prurido exagerado*), veja-se COELHO, F. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso* cit., págs. 166-172.

Nos termos do artigo 1859.º, a perfilhação que não corresponda à realidade é impugnável em juízo a todo o tempo, e mesmo depois da morte do perfilhado, que constitui, como de início referido, o principal escopo deste trabalho, e que será abordado autonomamente mais adiante.

2.4. O reconhecimento judicial

O reconhecimento judicial da paternidade vem previsto no artigo 1869.º, que estabelece que a paternidade pode ser reconhecida em acção especialmente intentada pelo filho se a maternidade já se achar estabelecida ou for pedido conjuntamente o reconhecimento de uma e outra. Resulta daqui que não é possível o reconhecimento judicial da paternidade (diferentemente do que se passa para a perfilhação, artigo 1851.º) sem a maternidade estar estabelecida ou se estabelecer ao mesmo tempo. A razão é fácil de se atingir: é que a prova da paternidade resulta, regra geral, da prova de relações sexuais exclusivas entre o investigado e a mãe do investigante durante o período legal da concepção³¹. Relativamente a esta prova, importa ter em conta o que vem estabelecido no artigo 1871.º, n.º 1, segundo o qual a paternidade se presume nos casos aí previstos. Contudo, a presunção daí resultante considera-se ilidida quando existam sérias dúvidas sobre a paternidade do investigado (artigo 1871.º, n.º 2). Tendo em vista facilitar o reconhecimento judicial da paternidade, a lei confere legitimidade à mãe menor para intentar a acção em representação do filho, sem necessidade de autorização dos pais, embora se imponha a nomeação, pelo tribunal, de um curador especial (artigo 1870.º).

O reconhecimento judicial pode resultar da averiguação oficiosa da paternidade, regulada nos artigos 1864.º e seguintes. Sempre que seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, impõe-se ao funcionário do registo o dever de remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar officiosamente a identidade do pai (artigo 1864.º). A averiguação oficiosa da paternidade poderá conduzir a uma perfilhação (artigo 1865.º, n.º 3) ou à propositura de uma acção de investigação (artigo 1865.º, n.º 5). Tal como se viu suceder com o caso da maternidade, a averiguação oficiosa da paternidade não é assim um modo de estabelecimento da mesma, mas sim um mero processo imposto por lei com o fim de levar através de uma das referidas formas (perfilhação ou reconhecimento judicial) a tal estabelecimento.

³¹ Veja-se, MENDES, Castro/SOUSA, Teixeira de, *Direito* cit., pág. 310.

3. Impugnação da paternidade presumida nos termos do artigo 1826.º

3.1. *Legitimidade*

O CC restringe a impugnação da paternidade presumida nos termos do artigo 1826.º. O carácter restritivo dessa impugnação vem mesmo declarado expressamente no artigo 1838.º, que estabelece que a paternidade presumida nos termos do artigo 1826.º não pode ser impugnada fora dos casos previstos nos artigos seguintes (os artigos 1839.º a 1846.º). Resulta claramente do disposto no artigo 1839.º que o legislador pretendeu conceder restritivamente a impugnação da paternidade presumida³². Desde logo, o artigo 1839.º confere apenas legitimidade directa e autónoma ao marido da mãe, à mãe e ao filho³³. Mais ninguém pode agir directa e autonomamente³⁴. Para além deste pequeno círculo (formado pela família conjugal), apenas o Ministério Público pode intervir, a pedido do terceiro, pretense progenitor. Nem o Ministério Público nem o pretense progenitor têm legitimidade *ex novo*, para afastar a presunção de paternidade do marido da mãe. Para além da dependência de requerimento do pretense progenitor (que tem que ser feito em determinado prazo, referido a seguir), a intervenção do Ministério Público fica ainda dependente de o Tribunal, na sequência de diligências nesse sentido (ouvido sempre que possível a mãe o marido desta) concluir pela viabilidade da (pretendida) impugnação. Estas restrições ao nível da legitimidade mostram que o legislador confinou a impugnação ao círculo de pessoas envolvidas ou potencialmente envolvidas na relação de filiação, na sua vertente natural e jurídica: mãe, filho, presumido pai

³² Sobre as restrições à impugnação da paternidade resultante da presunção *pater is est*, veja-se, com amplas referências históricas, OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério cit.*, págs. 48 e ss.

³³ Na sua versão inicial, o CC só conferia legitimidade directa e autónoma para impugnar ao marido da mãe e, via Ministério Público, a quem se declarasse pai do filho (o regime anterior ao CC era mais amplo, pois admitia-se que o próprio filho, a todo o tempo, pudesse impugnar a paternidade, por virtude do assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Julho de 1938). O Decreto-Lei n.º 280/73, de 1 de Junho veio alargar as possibilidades de impugnação da paternidade, permitindo à mãe requerer a intervenção do Ministério Público, nos mesmos termos em que o pai natural o poderá fazer. No preâmbulo desse diploma, refere-se expressamente a preocupação de se fazer coincidir a filiação jurídica com a biológica. Nas palavras de OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério cit.*, pág. 69, este diploma de 1973 não só mostrou “(...) nitidamente (...) que o princípio do respeito pela verdade biológica estava a instalar-se no sistema jurídico português”, como consubstanciou o sacrifício dos “(...) últimos daqueles valores que tinham justificado, durante séculos, o monopólio marital da impugnação.”

³⁴ Sem prejuízo do regime constante dos artigos 1844.º (que regulam os casos de o titular do direito de impugnar a paternidade falecer no decurso da acção ou sem a haver intentado) e 1845.º (que regula o caso de o titular do direito de impugnar a paternidade vir a ser objecto de decisão que declare a respectiva ausência justificada, nos termos do artigo 99.º).

e (embora via Ministério Público e sob controlo judicial preliminar) pretensão pai. E o facto de o pretensão pai não ter legitimidade *ex novo*, mas apenas através do Ministério Público (e sob controlo judicial preliminar), mostra que o legislador pretendeu confinar o regime legal em primeira linha à família conjugal: a impugnação directa fica na disposição, apenas, dos membros da família conjugal³⁵. Na nossa doutrina tem-se entendido que a limitação da intervenção processual do pretensão pai (que como e viu só pode agir através do MP) é justificada³⁶. E na jurisprudência, tem-se decidido ainda que essa limitação não é desadequada, desnecessária ou desproporcionada, por não vedar intolerantemente a possibilidade de exercício jurisdicional desse direito³⁷.

³⁵ Do mesmo modo, ao nível da legitimidade passiva, o legislador confina a intervenção ao mesmo círculo de pessoas envolvidas ou potencialmente envolvidas na relação de filiação, ao estabelecer, no artigo 1856.º, n.º 1, que devem ser demandados na acção de impugnação de paternidade a mãe, o filho e o presumido pai quando nela não figurem como autores.

³⁶ Nas palavras de COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso cit.*, págs. 126-127: “(...) a nossa lei não acha curial a impugnação autónoma e incontrolada do terceiro porque a concessão de uma legitimidade plena significaria sempre a intromissão de um estranho, co-autor do adultério da mulher casada, no seio da família, intervenção sempre grave, mesmo quando acabasse por ser considerada improcedente. Porém, já se considerou admissível a mera iniciativa dele fortemente condicionada por uma averiguação prévia, feita pelo tribunal sobre a viabilidade da acção impugnatória, acção esta intentada e mantida pelo Ministério Público. O papel do terceiro, reduzido à simples iniciativa de todo o processo, não repugna, e o controle feito pelos órgãos jurisdicionais garante a família conjugal contra a possível levandade ou a má fé.” Há, contudo, quem veja nas restrições de intervenção do Ministério Público e do pretensão pai natural uma violação da Constituição. É o caso de BARROSO, Rui, *Impugnação da paternidade do pai presumido: da legitimidade do Ministério Público para impugnar a paternidade presumida a todo o tempo; do direito do pai natural de ser parte num processo desta natureza; da inconstitucionalidade do prazo de 60 dias previsto no art. 1841.º, n.º 2 do CC*, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 3, n.º 6 (2006), págs. 89-105.

³⁷ Veja-se o Acórdão do STJ de 9/12/2017 (Relator Pinto de Almeida), disponível em www.dgsi.pt, no qual se decidiu que a não concessão de legitimidade directa e autónoma ao pretensão pai para impugnar a presunção de paternidade do marido da mãe não viola a Constituição – designadamente os princípios constitucionais da universalidade (artigo 12.º da CRP), da igualdade (artigo 13.º da CRP), da identidade pessoal e genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3 da CRP), da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (artigo 36.º, n.º 4 da CRP), do direito a procriar e a constituir família (artigo 36.º da CRP), da proporcionalidade (artigo 18.º da CRP) e da tutela pública (artigo 2.º do CPC e artigo 20.º da CRP). Segundo este Acórdão “as normas que estabelecem as limitações em causa envolvem a ponderação de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, exigindo uma tarefa de harmonização dos interesses em oposição ou mesmo a sua restrição (cfr. art. 18.º, n.º 2 da CRP). Nessa ponderação e conflituando com os direitos do autor, pretensão progenitor, assume aqui especial relevo o interesse da protecção da família constituída (art. 67.º da CRP): o interesse geral da estabilidade das relações sociais e familiares e o sentimento de confiança em que deve basear-se a relação paternal, quando se trate de filhos nascidos na vigência do matrimónio; a necessidade de acautelar a tranquilidade e paz familiar conjugal, até contra afirmações eventualmente infundadas ou feitas de má fé. É essencialmente este interesse de protecção da família conjugal que

Todo este regime é bem demonstrativo de que não há aqui uma preocupação absoluta de fazer corresponder o jurídico ao natural³⁸. No mesmo sentido, da referida não preocupação, joga o regime das acções de investigação da maternidade e da paternidade, que não só conferem a legitimidade activa a um circulo limitado de pessoas (artigos 1814.º e 1869.º), como estabelecem prazos para a propositura da acção (artigo 1817.º, ditado para a acção de investigação da maternidade, aplicável à acção de investigação da paternidade por via da remissão do artigo 1872.º).

3.2. Fundamentos

Os fundamentos da impugnação da paternidade constam do n.º 2 do artigo 1839.º: está em causa a demonstração de que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável. Este regime traduz uma maior abertura com relação à impugnação, face ao regime inicial do

explica o referido regime legal de impugnação da paternidade, confinando-a à disponibilidade directa dos membros da família – só o marido, a mãe e o filho estão autonomamente legitimados a intentar a acção”.

³⁸ De resto, essa não correspondência está bem patente na regra constante do n.º 3 do artigo 1839.º: o cônjuge que consentiu na inseminação artificial não pode impugnar a paternidade. A interpretação desta regra tem gerado discussão na nossa doutrina, sobre se também o filho está proibido de impugnar a paternidade. No sentido de que o filho mantém o direito de impugnar nos termos gerais, veja-se PINTO, Ferreira, *Filiação cit.*, pág. 187 e ss., LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código cit.*, págs 187 e ss (criticando ainda o juízo a que o legislador recorreu para solução e um problema em que não está em jogo a fidelidade, mas o interesse capital do filho na sua paternidade real), COELHO, F. Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso cit.* págs. 143–144 (denunciando ainda incoerência do sistema, que não consagra regra igual para o caso das declarações de maternidade conscientemente falsas (artigo 1807.º) ou para as perfilhações de complacência (artigo 1859.º), e REIS, Rafael, *O Direito cit.*, págs. 224 e ss (que defende que a interpretação que inclua o filho no âmbito da proibição é inconstitucional). No sentido de que o filho está igualmente proibido de impugnar, veja-se DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003, pág. 63 (defendendo que o consentimento do marido mais do que originar uma falsidade biológica, origina um novo vínculo filial, motivado por outras razões que não as biológicas, presumindo-se que o marido da mãe é o pai social do filho, e não havendo farsa a ninguém deve ser dado o poder de ilidir a presunção de paternidade impugnando uma mentira afinal inexistente), no que é seguido por ASCENSÃO, Oliveira, *Procriação Assistida e Direito*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, (págs 645–676), pág. 664. PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito cit.*, págs. 196–197, defende que o regime do n.º 3 do artigo 1839.º constitui uma interdição da impugnação da paternidade que vale perante todos, incluindo o filho e o Ministério Público, (explicando ainda que a doutrina desse preceito vale, hoje em dia, e face ao regime do artigo 20.º Lei n.º 32/2006, da procriação medicamente assistida, para todas as técnicas de procriação medicamente assistidas e sem distinguir entre processos homólogos e heterólogos).

CC (que se encontrava no artigo 1817.º), que seguia a solução dita tradicional, que se designava por regime de causas determinadas de impugnação: a lei tipificava as situações em que o autor podia obter uma sentença de impugnação³⁹.

3.3. Prazos

O CC estabelece um regime apertado no que a prazos diz respeito para intentar a acção de impugnação. Esse regime sofreu alterações, por mais que uma vez, salvo quanto ao prazo fixado para a intervenção do Ministério Público, que se manteve desde a versão inicial: em 1966 (então constante do artigo 1820.º), tal como hoje (artigo 1841.º, cuja redacção vem de 1977), o prazo fixado pelo legislador foi de 60 dias a contar do nascimento do filho para o que se declara pai do filho pedir a intervenção do Ministério Público.

As referidas alterações de regime tiveram lugar apenas quanto ao prazo da acção a intentar pelas pessoas com legitimidade directa e autónoma para impugnar a paternidade. Na versão inicial do CC, o regime constava do artigo 1818.º que estabelecia um prazo de 120 dias, a contar do conhecimento do nascimento do filho para o marido da mãe intentar a acção⁴⁰. Com a reforma de 1977, o regime passou para o actual artigo 1842.º, tendo por assim dizer sido ampliado, na óptica da facilitação da impugnação. Pois para além do marido da mãe, passaram igualmente a ter legitimidade directa e autónoma para impugnar a paternidade a mãe e o filho. Para além desse alargamento de legitimidade, passou-se a conceder mais tempo para a impugnação: i) a impugnação pelo marido da mãe, passou a poder ser feita no prazo de dois anos contados desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se a sua não paternidade; ii) a impugnação pela mãe, passou a poder ser feita dentro dos dois anos posteriores ao nascimento; e iii) a impugnação pelo filho, passou a ser feita até um ano depois de haver atingido a maioridade ou de ter sido emancipado, ou posteriormente, dentro de um ano a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe. Em qualquer um dos casos, se o registo fosse omissivo quanto à maternidade, os

³⁹ Para maiores desenvolvimentos, veja-se LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código cit.*, anotação ao artigo 1839.º, págs. 177 e ss, com assertiva recapitulação dos princípios gerais que dominavam a versão inicial do CC; e COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso cit.*, págs. 133-134, com densificação do conceito legal *manifestamente improvável*.

⁴⁰ No artigo 1819.º, versão inicial do CC, regulava-se o caso de o marido da mãe (único titular do direito de autonomamente impugnar a paternidade) falecer no decurso da acção ou sem a haver intentado.

prazos concedidos ao marido da mãe e a esta passaram a contar-se a partir do estabelecimento da maternidade (artigo 1842.º, n.º 2, na redacção de 1977).

Depois de muita discussão doutrinal e jurisprudencial acerca da fixação de prazo para a investigação da paternidade, com intervenção inclusivamente do Tribunal Constitucional⁴¹, o legislador, pela Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril, veio dar nova redacção aos artigos 1817.º e 1842.º, aumentando todos os prazos fixados quer para a investigação da maternidade e da paternidade, quer para a impugnação da paternidade presumida. O legislador da Lei n.º 14/2009 estabeleceu a entrada vigor da mesma no dia seguinte ao da sua publicação (artigo 2.º), e consagrou que a sua disciplina se aplica aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor (artigo 3.º). A aplicação da nova disciplina aos processos pendentes não foi isenta de discussões; tal como o referido aumento dos prazos para as acções de investigação (da maternidade e da paternidade) e para a acção de impugnação da paternidade presumida não fez cessar a discussão à volta da

⁴¹ O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 23/2006, de 10/01 (Mota Pinto), publicado no DR II Série-A, n.º 28, de 08/02/2006, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do n.º do artigo 1817.º (aplicável à paternidade por via do artigo 1873.º), por violação das disposições conjugadas dos artigos 26.º, n.º 1, 36.º, n.º 1 e 18.º, n.º 2, da CRP. Este Acórdão acolheu e reproduziu a fundamentação do Acórdão do mesmo Tribunal, n.º 486/2004, de 07/07 (Mota Pinto), publicado no DR, II Série, n.º 35, de 18/02/2005, que fora confirmada pelo Acórdão, n.º 11/2005, de 12/01 (Mota Pinto), publicado no DR, II Série, n.º 55, de 18/03/2005. O citado Acórdão n.º 486/2004, iniciou uma viragem jurisprudencial do Tribunal Constitucional, pois prevalecia, anteriormente, a orientação do Acórdão n.º 413/89, de 31/05 (Cardoso da Costa), publicado no DR II Série, n.º 213, de 15/09/1989, que se pronunciou no sentido da não inconstitucionalidade do artigo 1817.º, n.º 1 e que se manteve (sufragada por vários outros Acórdãos), durante 15 anos. Sobre a jurisprudência constitucional e a discussão em torno da fixação de prazo para a investigação da paternidade, veja-se REIS, Rafael, *O Direito cit.*, págs. 233 e ss. COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme, *Curso cit.*, págs 247 e ss, PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito cit.*, págs. 125 e ss. PEREIRA, Margarida Silva, *Direito cit.*, págs. 707 e ss. OLIVEIRA, Guilherme, *Caducidade das Acções de Investigação ou Caducidade do Dever de Perfilhar, A Pretexto do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 401/2011*, in – Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 9, n.ºs 17 e 18 (2012), págs. 107–115, MARQUES, Remédio, *O Prazo de Caducidade do n.º 1 do Artigo 1817.º do Código Civil e a Cindibilidade do Estado Civil: o Acórdão do Plenário do Tribunal Constitucional N.º 24/2012. A (In) Constitucionalidade do Artigo 3.º da Lei n.º 14/2009 e a sua Aplicação às Acções Pendentes na Data do seu Início de vigência, Instauradas Antes e Depois da Publicação do Acórdão n.º 23/2006*, in AA.VV. *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, págs. 161–218, e SANTOS, Hugo, *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas e a Lei 14/2009, de 1 de Abril, à Luz do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 2014: “Show Me The Money”*, in Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família, anos 21–22 (2014), págs. 61–88. MADEIRA, Ana, *A Acção de Investigação da Paternidade: Caducidade Versus imprescritibilidade*, in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 7, n.º 14 (2010), págs. 73–96.

(in)constitucionalidade da fixação de prazos para o exercício dos direitos correspondentes às ditas acções⁴².

4. Impugnação da perfilhação⁴³

4.1. *Legitimidade activa*

O artigo 1859.º, no seu n.º 2 atribui legitimidade para a impugnação da perfilhação a um conjunto bastante alargado de pessoas: ao perfilhante, ao perfilhado, a qualquer pessoa que tenha interesse moral ou patrimonial na procedência da acção, e ao Ministério Público. O legislador não exclui nem a legitimidade do perfilhante que sabia não ser o progenitor quando perfilhou (a perfilhação de complacência ou obsequiosa⁴⁴), nem a do perfilhado haja

⁴² Veja-se PINHEIRO, Jorge Duarte, PEREIRA, Margarida Silva, MARQUES, Remédio, e SANTOS, Hugo, obras e locais citados na nota anterior, bem como MARQUES, Remédio, *Caducidade da Acção de Investigação da Paternidade. O Problema da Aplicação Imediata da Lei n.º 14/2009 de 1 de Abril às acções pendentes*, in Boletim da Faculdade de Direito Vol. XXXV, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, págs. 197-235. Na jurisprudência, encontramos decisões dos Tribunais Superiores contraditórias quanto ao juízo de conformidade ou não com a CRP do artigo 1817.º, na redacção resultante da Lei n.º 14/2009, ao estabelecer o prazo de 10 anos, após a maioria, para o filho intentar a acção No sentido da não inconstitucionalidade, vejam-se os seguintes Acórdãos, todos do Supremo Tribunal de Justiça e disponíveis em www.dgsi.pt: de 13/09/2012 (Relator: Pires da Rosa), de 9/4/2013 (Relator: Fonseca Ramos, com voto de vencido de Salazar Casanova), de 15/05/2014 (Relator Maria Prazeres Belezza) e de 06/05/2018 (Relator: Hélder Roque); no sentido da inconstitucionalidade vejam-se os seguintes Acórdãos, também do Supremo Tribunal de Justiça e disponíveis no mesmo local: de 8/6/2010 (Relator: Serra Batista), de 10/01/2012 (Relator: Moreira Ales), de 6/9/2011 (Relator: Gabriel Catarino) e de 14/01/2014 (Relator Martins de Sousa). O citado Acórdão de 9/4/2013 suscitou várias anotações doutrinárias; veja-se: LEITÃO, Luís Menezes, in Revista da Ordem dos Advogados, 2013, págs. 396-399. ARAÚJO, Cristina, *Investigação da Paternidade e Abuso do Direito. Das Consequências Jurídicas do Reconhecimento da Paternidade*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 45, Janeiro-Março, 2014, págs. 32-59.

⁴³ Não obstante as críticas de longa data feitas ao nome que o legislador deu ao mecanismo (impugnação da perfilhação), entendo que o que está em jogo é mesmo a impugnação do acto do perfilhante, e não a paternidade estabelecida na sequência desse acto. A crítica foi desde logo feita por OLIVEIRA, Guilherme, *Impugnabilidade* cit. págs. 31 e ss. A mesma crítica pode ser encontrada em PINTO, Ferreira, *Filiação* cit., pág. 221 8nota 734), e em COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso* cit., pág. 181.

⁴⁴ Neste sentido, veja-se OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da Filiação, Notas* cit., págs. 132 e ss. e COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso* cit., págs. 181-184, embora entendam que o reconhecimento conscientemente falso (a perfilhação de complacência) constitua motivo de responsabilidade penal por falsificação do estado civil (artigo 248.º do Código Penal), podendo dar origem à obrigação de indemnizar o perfilhado pelos danos causados. Defendendo a sujeição a obrigação de indemnizar de perfilhado e perfilhante, consoante o caso, MENDES, Castro/SOUSA, Teixeira de, *Direito*

consentido na perfilhação, o que, em ambos os casos, é bem demonstrativo do interesse público subjacente ao mecanismo da impugnação⁴⁵.

O perfilhante e o perfilhado não terão que alegar nem provar qualquer tipo de interesse na procedência. As demais pessoas que pretendam impugnar a perfilhação terão que alegar e provar um interesse moral ou patrimonial. A densificação destes conceitos normativos, por via da doutrina e da jurisprudência, tem levado a uma (procura de) forte restrição da impugnação⁴⁶. Note-se que a lei não autonomizou nem a posição da mãe do perfilhado, nem a posição dos demais parentes⁴⁷. O que significa que quer a mãe do perfilhado quer os demais parentes terão que alegar, tal como qualquer outra pessoa, um interesse moral ou patrimonial na procedência da acção. Apesar da maior relevância desta questão, da densificação dos conceitos de interesse para efeitos de legitimidade activa, o seu tratamento excede manifestamente o âmbito deste trabalho⁴⁸.

cit., pág. 305. (que não colocam a possibilidade de responsabilidade penal do perfilhante), e MARTINS, Fazenda, *Impugnação e Impugnabilidade da Perfilhação*, in *Temas de Direito da Filiação*, AAFDL, Lisboa, 1994 (págs. 7-61), págs. 42 e 44 (que qualifica de discutível a responsabilidade penal do perfilhante).

⁴⁵ Neste sentido, expressamente, OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da Filiação*, *Notas cit.*, págs. 132-133.

⁴⁶ Veja-se SERRA, Vaz, anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/11/1969, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 103, págs. 549-560 e 566-569. No acórdão sob anotação do ilustre Professor, o Supremo aceitou a tese daquele no que toca à densificação do conceito *interesse moral* na impugnação da perfilhação. Também no sentido restritivo veja-se OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da Filiação*, *Notas cit.*, págs. 134 e ss. PINTO, Ferreira, *Filiação cit.*, págs. 223-224, e MARTINS, Fazenda, *Impugnação cit.*, págs., que apresenta uma interpretação de tal forma apertada dos conceitos de interesse moral e patrimonial que, na prática, um comum terceiro dificilmente poderá impugnar a perfilhação (o que é reconhecido pelo próprio autor). Na jurisprudência, veja-se, igualmente no sentido restritivo, o acórdão objecto da anotação doutrinária referida nesta mesma nota; e o citado Acórdão do STJ de 16/04/2013.

⁴⁷ A comparação com as fórmulas usadas noutros locais do CC é bem elucidativa (vejam-se, por exemplo, os artigos 141.º, n.º 1, 1639.º, n.º 1 e 1859.º, n.º 2). Neste sentido, veja-se o Acórdão do STJ de 16/4/2013, disponível em www.dgsi.pt (Relator: Helder Roque).

⁴⁸ Diga-se, contudo, que as teses de Vaz Serra e de Fazenda Martins são de tal modo restritivas que pouco espaço restará para um parente do perfilhado ou do perfilhante impugnarem a perfilhação (o que é expressamente reconhecido por este último autor); e por isso não posso concordar com a mesma. Julgo que na concretização dos referidos conceitos haverá que ter em conta que a perfilhação falsa, a manter-se na ordem jurídica, implica a manutenção, não verdadeira, de laços de família com os ditos parentes, e que por isso deverá ser de presumir (presunção judicial), como tinha feito o Tribunal da Relação no caso a que respeita a anotação de Vaz Serra, que um parente terá sempre interesse moral na impugnação. Na verdade, apesar de o CC ter distinguido a posição processual do perfilhante, do perfilhado e do Ministério Público, não significa que se deva tratar de forma igual todos os demais *interessados*. Note-se que nesses demais interessados se conta, desde logo, a mãe do perfilhado, e não se pode duvidar de que uma mãe terá sempre interesse em que seja afastada da ordem jurídica uma perfilhação falsa.

Não obstante a fórmula cristalina usada no preceito que atribui legitimidade ao Ministério Público, que não é condicionada ao que quer que seja, há quem procure limitar essa intervenção⁴⁹. O tratamento desta questão também excede o âmbito deste trabalho, mas sempre direi que essa limitação não tem o mínimo de correspondência com a letra da lei; ao invés, a atribuição não condicionada de legitimidade ao Ministério Público é demonstrativa do interesse público subjacente ao mecanismo da impugnação⁵⁰. Recorde-se que para a impugnação da maternidade e da paternidade, o Ministério Público não tem legitimidade autónoma, só podendo intervir a pedido das pessoas que a lei indica.

4.2. *Legitimidade passiva*

Quanto à legitimidade passiva o artigo 1859.º nada diz, o que suscita a questão da aplicação ou não, por via de analogia, da regra estabelecida no artigo 1846.º para a impugnação da paternidade. Trata-se de novo, de (interessante) questão processual, cuja análise extravasa, contudo, claramente, o objecto deste pequeno trabalho⁵¹.

⁴⁹ Como pretende fazer MARTINS, Fazenda, *Impugnação* cit., págs. 32-38, que reduz a legitimidade do Ministério Público aos casos em que ou está em causa um interesse particular do Estado, ou está em causa uma perfilhação manifestamente falsa. Este é o único autor que procura limitar a intervenção do Ministério Público; os demais autores que criticam a ampla legitimidade do Ministério Público não propugnam qualquer limitação (no plano do direito constituído), que não seja o bom senso da actuação – veja-se, Veja-se COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso* cit., págs. 185-187, e PINTO, Ferreira, *Filiação* cit., págs. 224-225.

⁵⁰ Note-se que todos os autores que criticam a amplitude da impugnação criticam precisamente a atribuição de legitimidade autónoma ao Ministério Público. Veja-se COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso* cit., págs. 185-187 (na senda da crítica feita, na página 68, à atribuição da legitimidade ao Ministério Público para intentar acção de impugnação da maternidade), PINTO, Ferreira, *Filiação* cit., págs. 224-225 e MARTINS, Fazenda, *Impugnação* cit., págs. 32-38.

⁵¹ Sobre o tema veja-se, na doutrina, OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da Filiação*, *Notas* cit., págs. 134 e ss. (aplicando à mãe do perfilhado, por analogia, o regime do artigo 1846.º). MENDES, Castro/SOUSA, Teixeira de, *Direito* cit., pág. 305; MARTINS, Fazenda, *Impugnação* cit., págs. 54 e ss.; LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado* cit., anotação ao artigo 1859.º, págs. 269-270. PINTO, Ferreira, *Filiação* cit., págs. 231 e ss. COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme, *Curso* cit., págs. 187-188 (reiterando a posição assumida na obra citada no início desta nota). Na jurisprudência, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15/11/2012, disponível em www.dgsi.pt (Relator: Maria José Mouro).

4.3. Fundamentos

A impugnação da perfilhação tem lugar quando se quer demonstrar que o perfilhante não é o pai biológico do perfilhado, ou, usando os termos do n.º 1 do artigo 1859.º, quando a perfilhação não corresponde à verdade; dito de outra forma, a perfilhação falsa constitui o fundamento da impugnação. Para obter ganho de causa, o autor da acção de impugnação da perfilhação tem que alegar e provar que o perfilhante não é o pai biológico do perfilhado⁵². Não estando em causa o estabelecimento *erga omnes* da filiação, ou seja, a paternidade de alguém, não é preciso fazer prova de quem é o verdadeiro pai.

De notar que nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 1859.º, a mãe ou o filho, quando autores, só terão que provar que o perfilhante não é o pai se este alegar e provar ser verosímil que coabitou com a mãe do perfilhado no período da concepção⁵³, solução que, mais uma vez, acentua o favorecimento do biológico.

4.4. Prazo

A impugnação da perfilhação não está sujeita a prazos. O n.º 2 do artigo 1859.º estabelece que a impugnação pode ser feita a todo o tempo; e no n.º 1 do mesmo preceito estabelece-se que a impugnação pode ser feita mesmo depois da morte do perfilhado⁵⁴. Note-se que aqui, não está, como se pode

⁵² Sobre o objecto do processo da acção de impugnação da perfilhação veja-se, na doutrina, OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da Filiação*, *Notas cit.*, págs. 136-137. OLIVEIRA, Guilherme, *Critério cit.*, págs. 409-410, 431 (nota 55) e 494 (nota 89). MENDES, Castro/SOUSA, Teixeira de, *Direito cit.*, pág. 305 e ss. MARTINS, Fazenda, *Impugnação cit.*, págs. 17 e ss., PINTO, Ferreira, *Filiação cit.*, págs. 225 e ss. LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código cit.*, anotação ao artigo 1859.º, págs. 268 e ss. COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme, *Curso cit.*, págs. 189-190. Na jurisprudência, vejam-se os seguintes Acórdãos, todos disponíveis em www.dgsi.pt: do Tribunal da Relação do Porto de 11/07/2012 (Relator: Caímoto Jácome), do Tribunal da Relação de Lisboa de 15/11/2012 (Relatora: Maria José Mouro), de 20/05/2014 (Relator: João Vaz Gomes), e de 25/05/2017 (Relator: Pedro Martins).

⁵³ A interpretação do n.º 3 do artigo 1859.º tem suscitado debate na doutrina sobre se consagra ou não uma inversão do ónus da prova, como se pode conferir nas obras e locais citados na nota anterior. Independentemente dessa discussão, que não cabe aqui desenvolver, não posso deixar de notar que, a meu ver, é claro que a acção deverá logo proceder caso o perfilhante, sendo demandado, não alegue na contestação que coabitou com a mãe do perfilhado no período da concepção.

⁵⁴ É comum na nossa doutrina a crítica à lei, por não ter fixado um prazo. Veja-se, OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério cit.*, págs. 433 e ss. COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso cit.*, pág. 139. MARTINS, Fazenda, *Impugnação cit.*, pág. 48.

encontrar em algumas obras e decisões judiciais⁵⁵, tanto uma manifestação da intenção de se fazer corresponder o jurídico ao biológico; mas acima de tudo (singelamente), a pretensão de se afastar do mundo do direito uma perfilhação falsa. A imprescritibilidade da acção de impugnação mostra inequivocamente que para a nossa lei o afastamento da perfilhação falsa é questão de interesse público⁵⁶ e que a chamada verdade sociológica não serve para proteger as situações de convivência consolidada (nem mesmo as favoráveis ao interesse do perfilhado), contra a acção de impugnação⁵⁷. Como se verá de seguida, esta amplitude do nosso sistema levou a que na doutrina se tenha tentado contornar a não fixação de prazo, por via interpretativa, mediante o recurso à aplicação da clausula geral do abuso do direito.

5. As diferenças de regime à luz da tutela do princípio da verdade biológica

Como acima referido, o regime da impugnação da paternidade resultante da presunção do artigo 1826.º estabelece por assim dizer um compromisso entre o princípio da verdade biológica e a tutela da família conjugal. Releva aqui o princípio da verdade biológica, mas temperado com a ideia de defesa da família conjugal.

Já no caso da impugnação da perfilhação, a tutela do princípio da verdade biológica é bastante ampla, o que se traduz não só pela não fixação de qualquer prazo para a acção, como na ampla atribuição de legitimidade para a impugnação, inclusivamente ao perfilhante de complacência e ao perfilhado que tenha dado o consentimento na perfilhação⁵⁸. Repete-se: a atribuição de

⁵⁵ PINTO, Ferreira, *Filiação* cit., págs. 222, onde se pode ler que o regime do artigo 1859.º, n.º 2 “(...) está manifestamente de acordo com o interesse público de só ser pai em face da lei o que é pai em face da natureza”; na jurisprudência, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/07/2012, disponível em www.dgsi.pt (Relator: Caimoto Jácome), onde se afirma “o direito de impugnar a perfilhação é imprescritível o que está em conformidade com o interesse público de só ser pai em face da lei aquele que é pai em face da natureza”.

⁵⁶ Apesar das críticas, veja-se OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação*, *Notas* cit., págs. 132-133.

⁵⁷ Neste sentido, criticamente, OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação*, *Notas* cit., págs. 132 e ss. OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério* cit., págs. 433 e ss. Idem, *Critérios* cit., págs. 299 e 300, e COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme, *Curso* cit., pág. 190.

⁵⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *Critérios* cit., pág. 299 fala, criticamente, numa submissão do regime da impugnação da perfilhação à descoberta da verdade biológica, dizendo que o mesmo só se compreende pelo desprezo a que eram votadas as relações familiares constituídas fora do casamento. No mesmo trabalho, a pág. 304, o autor manifesta a sua perplexidade com o sistema do CC, por, de um

legitimidade autonomamente ao Ministério Público para intentar a acção, e sem qualquer tipo de restrições, é o corolário do interesse público subjacente ao mecanismo⁵⁹. O nosso sistema corresponde ao chamado regime latino, com uma justificação clássica⁶⁰: o estado civil é uma questão de ordem pública que não pode estar à mercê da arbitrariedade dos cidadãos nem dependente do simples decorrer dos anos. A impugnação aberta a todos os interessados, e a todo o tempo constitui a contrapartida da perfilhação facilitada e a manifestação do respeito pela verdade biológica do parentesco. Não havendo uma indagação prévia sobre a veracidade do reconhecimento voluntário em que se traduz a perfilhação⁶¹, para não dificultar o acto e não desanimar os interessados, o controlo difere-se e garante-se através da mais ampla legitimidade, incluindo a do Ministério Público, e da imprescritibilidade da impugnação.

A facilidade com que o legislador admite o afastamento de uma perfilhação resulta ainda do regime constante dos artigos 1823.º, n.º 2 e 1860.º. Do artigo 1823.º, n.º 2 resulta que a perfilhação cede automaticamente perante a presunção *pater is est* que resulta do estabelecimento da maternidade em acção de investigação quando a mãe for casada⁶². E do artigo 1860.º, decorre que em

lado, tolerar a perfilhação de complacência, e de outro, consagrar amplas possibilidades de impugnação (que qualifica de insólitas).

⁵⁹ Não se vai, contudo, ao ponto de impor ao Ministério Público que actue. Como se diz no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3.12.2013, disponível em www.dgsi.pt (Relator: Luís Espírito Santo), não está em causa o interesse público de natureza genérica.

⁶⁰ Por todos, veja-se, embora criticamente, OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da Filiação*, Notas cit., págs. 132 e ss. OLIVEIRA, Guilherme de, *Crítério* cit., pág. 431 e segs.

⁶¹ O conservador do registo civil não faz, de facto, nenhum controlo prévio da verdade da paternidade declarada pelo perfilhante. COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso* cit., pág. 182 apesar de criticarem o regime, dizem que o funcionário do registo civil deve registar mesmo que tenha dúvidas (por exemplo, quando a diferença de idades é muito pequena), já que a omissão seria muito mais grave do que o registo de uma perfilhação falsa – no seguimento de OLIVEIRA, Guilherme, *Estabelecimento da Filiação*, Notas cit., pág. 131, falando expressamente no respeito pela verdade biológica. Em sentido contrário, defendendo que o Conservador deverá recusar o registo, veja-se e MENDES, Castro/SOUSA, Teixeira de, *Direito* cit., pág. 309; e MARTINS, Fazenda, *Impugnação* cit., pág. 37. De notar que OLIVEIRA, Guilherme, *Crítério* cit., pág. 443 (nota 89) chegou a propor, no plano do direito a constituir, um controlo prévio do reconhecimento voluntário.

⁶² No sentido do carácter automático da prevalência sobre a perfilhação da presunção de paternidade do marido da mãe que resulta do estabelecimento da maternidade em acção de investigação quando a mãe for casada, veja-se MARTINS, Fazenda, *Impugnação* cit., págs. 11-12. LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código* cit., anotação ao artigo 1823.º, págs. 105-106 – embora dizendo, sarcasticamente que o marido da mãe “ficará com o diploma de corno (marido atraído), por um lado, e terá de pagar a factura da paternidade (presuntiva), por outro, apesar de a ter impugnado”.

caso de erro ou coacção moral, a lei admite a destruição da perfilhação, mesmo sem prova da inexistência de laços biológicos⁶³.

Já se referiu que por virtude de tamanha amplitude do nosso sistema, há quem tenha procurado limitar na prática a possibilidade de impugnação da perfilhação, seja mediante uma densificação cerrada dos conceitos de interesse moral e patrimonial, seja limitando os casos em que o Ministério Público pode impugnar. Essa intenção de limitar ganhou força, ainda, com Vaz Serra, na citada anotação a Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, onde para além de apresentar apertado critério para a delimitação do interesse moral na impugnação, sustenta, ainda, ampla aplicação do regime do artigo 334.º do CC ao direito de impugnar a perfilhação. Guilherme de Oliveira, na sua tese de doutoramento, na sequência das suas críticas ao amplo regime de impugnação da perfilhação consagrado no CC, propôs, como tempero geral a esse regime, a aplicação do mecanismo do abuso do direito para travar os casos que apelidou de mais chocantes de impugnação da perfilhação, embora recomendando, logo de imediato, o uso moderado do dito mecanismo, sob pena de se contrariar a ampla vocação do mecanismo da impugnação da perfilhação⁶⁴. As críticas deste autor foram de tal modo contundentes ao regime vigente que propugnou uma alteração legislativa, avançando como solução preferível que a impugnação da perfilhação fique condicionada pela não existência duma realidade familiar concreta e consolidada⁶⁵. Fazenda Martins vai ainda mais longe nas limitações ao direito de impugnar, também na sequência das muitas críticas que faz ao sistema; pois além do que já ficou dito, sobre a proposta densificação (restritiva) dos conceitos de interesse moral e patrimonial e sobre a pretendida limitação à intervenção do Ministério Público, sustenta, ainda, a aplicação do regime do abuso de direito, em termos tais que podem significar, na prática, o afastamento

⁶³ No sentido da desnecessidade de prova da inexistência de laços biológicos na acção de anulação por erro ou coacção moral, veja-se, MARTINS, Fazenda, *Impugnação* cit., págs. 12-15. LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código* cit., anotação ao artigo 1860.º, págs. 271-273. PINTO, Ferreira, *Filiação* cit., págs. 234-236. COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme, *Curso* cit., pág. 177.

⁶⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério* cit., págs. 433 e ss.

⁶⁵ No caso de se ter consolidado ao cabo de alguns anos uma família, o direito de impugnar seria deixado, incondicionalmente ao filho maior, num prazo seguinte à maioridade; o filho menor, a mãe, o perfilhante e aquele que se arrogasse a paternidade real teriam um direito condicionado, exercitável nos casos excepcionais em que a estabilidade do vínculo constituísse uma exigência demasiada para o titular; no caso negativo, de não se ter consolidado uma família em torno da perfilhação, não havendo motivos para comprimir a verdade biológica, seria admissível o exercício do direito por parte de qualquer interessado e do Ministério Público, mas dentro do prazo geral de caducidade de 20 anos. Confira-se, OLIVEIRA, Guilherme de, *Critério* cit., pág. 438.

da regra da não sujeição da impugnação a prazo⁶⁶. Na jurisprudência também se encontram acórdãos que fazem eco da defesa da aplicação do regime do abuso do direito, em vários arestos⁶⁷.

Não cabendo aqui a análise da questão do ponto de vista do direito a constituir, não posso deixar de observar que, a meu ver, não há razão para se estabelecer, por via interpretativa, quaisquer limitações ao direito de impugnar conferido tão amplamente pelo CC. Essas limitações são claramente *contra legem*; por várias razões.

Desde logo, porque como bem reconhece o próprio Guilherme de Oliveira, o legislador concebeu o mecanismo de forma bastante ampla, como contrapartida à falta de controlo prévio do reconhecimento voluntário, de tal modo que até atribuiu o direito de impugnar não só àquele que realizou uma perfilhação conscientemente falsa, como ao perfilhado que deu o seu consentimento à perfilhação. O que constitui, em ambos os casos, demonstração clara de que o abuso do direito não releva nesta sede e que o legislador pretendeu conferir amplas facilidades à acção de impugnação. E a atribuição sem quaisquer restrições de legitimidade ao Ministério Público constitui demonstração de que a lei prefere, no campo da perfilhação, que prevaleça a verdade biológica, ou dito de outra forma, que esta não seja beliscada.

Depois, porque como reconhece ainda o próprio Guilherme de Oliveira⁶⁸, as normas do direito de filiação português deverão ser interpretadas em conformidade com o princípio da verdade biológica, enquanto princípio estruturante desse direito⁶⁹. E dúvidas não podem restar de que é conforme a esse princípio a interpretação que propugna não só a ampla possibilidade de impugnação, como a não criação de limites ao exercício do direito de impugnar onde o legislador não os consagrou expressamente.

⁶⁶ Veja-se, MARTINS, Fazenda, *Impugnação* cit., págs. 41 e ss., que na sequência das críticas que faz ao amplo regime da impugnação da perfilhação, procura restringir esse regime, não só, como já se viu, reduzindo drasticamente os casos em que o Ministério Público pode intervir e apresentando uma interpretação muito apertada dos conceitos de interesse moral e patrimonial (de tal modo que na prática um comum terceiro dificilmente poderá impugnar a perfilhação), mas também pugnano pela ampla aplicação do instituto do abuso do direito, não só na vertente do *venire contra factum proprium*, mas também na vertente da *supressio*, o que na prática significaria colocar prazos onde o legislador não os colocou.

⁶⁷ Vejam-se os seguintes Acórdãos, todos disponíveis em www.dgsi.pt: do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29/05/2012 (Relator: Barateiro Martins), do Supremo Tribunal de Justiça de 16/04/2013 (Relator: Helder Roque), do Tribunal da Relação de Lisboa de 25/10/2018 (Relator: Pedro Martins), do Tribunal da Relação de Lisboa de 25/05/2017 (Relator: Pedro Martins).

⁶⁸ COELHO, Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, Curso cit., pág. 54.

⁶⁹ Verdadeira regra matricial do nosso sistema, na expressão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/04/2013, disponível em www.dgsi.pt (Relator: Helder Roque).

Acresce que a válvula que se pretende usar, do abuso, é tão vaga que há o risco de perante casos absolutamente iguais existirem decisões diametralmente opostas. O mesmo se diga das restrições que se pretendem introduzir no sistema via interpretação dos conceitos de interesse moral e patrimonial relevantes para a legitimidade para impugnar. Em ambos os casos estamos perante formulas vagas, que possibilitam daqueles Acórdãos, infelizmente frequentes entre nós, longos em fundamentação abstracta e que abruptamente concluem com uma resolução do caso concreto, num determinado sentido (optando pelo sim ...), quando, tudo o que ficou escrito poderia levar à resolução do caso no sentido oposto (ou seja, pelo não ...).

Por fim, porque como diz assertivamente Jorge Duarte Pinheiro⁷⁰, embora noutro contexto, “*num domínio particularmente marcado pelo interesse público como é o da constituição da filiação, afigura-se pouco consistente a escolha de um caminho interpretativo assente na figura do abuso do direito. Com maior facilidade se inscreve no espírito do Direito da Filiação o propósito de uma definição clara e estável do vínculo da filiação do que a preocupação circunstancial de manter tal vínculo só para reprovar o comportamento contraditório de uma certa pessoa.*”

Entendo que o CC manifestou claramente a prevalência da filiação real sobre a filiação fictícia; e no caso da perfilhação é clara a intenção de afastamento de uma perfilhação falsa; ainda que, em ambos os casos, tal possa conduzir a um conflito entre a verdade material e a verdade sociológica ou afectiva; noutras palavras, ainda que a revelação da paternidade biológica, ou o mero afastamento de uma perfilhação falsa (sem que se estabeleça a paternidade natural) seja susceptível de causar, em certos casos, perturbações e traumas. São muitas as críticas que se podem fazer ao actual sistema de determinação da paternidade⁷¹. Mas enquanto o legislador não alterar o sistema, instituindo por exemplo um mecanismo de controlo prévio do reconhecimento, ou tutelando as situações de facto criadas ao abrigo da perfilhação falsa, nenhuma limitação se poderá opor à impugnação. Repito: a solução vigente ainda no nosso ordenamento jurídico é, neste campo, a do afastamento da perfilhação falsa (mesmo que isso não leve ao estabelecimento da filiação em conformidade com

⁷⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito* cit., pág. 197. A afirmação é feita a propósito da interpretação do artigo 1839.º, n.º 3.

⁷¹ Veja-se OLIVEIRA, Guilherme, *Crítérios* cit., que na pág. 286 fala inclusivamente na crise do modelo biologista para a determinação da paternidade. Do mesmo autor, veja-se *O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza*, in *Lex Familiae – Revista de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10 (2008), págs. 5-16, onde volta a criticar a solução do CC de permitir a impugnação da perfilhação a todo o tempo. PINHEIRO, Jorge, *Critério biológico e Critério Social ou Afectivo na Determinação da Filiação e da Titularidade da Guarda dos Menores*, in *Lex Familia – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 9 (2008), pág. 12.

a verdade biológica), em prejuízo de realidades afectivas ou de ponderações sociais⁷².

A terminar, registo que não deixa de ser curioso que o princípio da verdade biológica apareça, nos dias de hoje, ora defendido, ora combatido, consoante o fim que se pretende atingir. Pois ora se diz que deve prevalecer a todo o custo a verdade biológica, como sucede com os que sustentam a não sujeição a prazos a averiguação da paternidade, ora se diz que a verdade biológica não pode ser tudo, que não se deve ir tão longe na sedução biologista, como sucede com os que sustentam que devem ser fixados limites à impugnação da perfilhação não verdadeira. Esta (paradoxal?) discussão não é mais que fruto da tensão entre a verdade biológica e a verdade sociológica, que, julgo, obrigará, mais cedo ou mais tarde, a uma reforma de todo o nosso direito da filiação⁷³. Citando um Ilustre Mestre: “*por mais longe que levemos a adaptação doutrinária do sistema, não conseguiremos nunca dar uma resposta satisfatória a todos os problemas. Muitos são insolúveis sem uma intervenção legislativa (...)*”⁷⁴.

6. Conclusões

O exposto permite-me, ao que julgo, tirar as seguintes principais conclusões:

i) O CC consagrou um amplo regime de impugnação da perfilhação falsa, de que são marcos expressivos a atribuição de legitimidade ao perfilhante, mesmo que consciente da falsidade, ao perfilhado, mesmo que tenha dado o consentimento, a todos que nisso mostrarem interesse patrimonial ou moral, e ainda, de forma incondicional, ao Ministério Público.

ii) Esse amplo regime, que se inscreve na tradição dita latina, mostra que constitui vector fundamental do direito da filiação Português, mais especificamente no campo do estabelecimento da paternidade, o afastamento da perfilhação falsa. O estado civil é uma questão de ordem pública que não pode estar à mercê da arbitrariedade dos cidadãos nem dependente do simples decorrer dos

⁷² Isto não quer dizer que, sempre que possível, o Tribunal não deva acautelar os interesses da criança, como sucedeu no caso do acima citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25/10/2018, que não obstante a procedência da impugnação, afastou a eliminação do apelido do autor da perfilhação do nome da criança.

⁷³ Veja-se CORTE-REAL, Pamplona, *Direito* cit., págs. 93-103, referindo-se (já nos finais do século passado) a uma evolução do Direito da Família na qual avulta(ria) “*a dialéctica verdade biológica/verdade sociológica*”, o que constituía, segundo o autor, o “*dilema crucial das modernas reformas do Direito da Família*”.

⁷⁴ ASCENSÃO, Oliveira, *Procriação* cit., pág. 676.

anos. A impugnação aberta a todos os interessados, e a todo o tempo constitui a contrapartida da perfilhação facilitada e a manifestação do respeito pela verdade biológica do parentesco.

iii) A atribuição de legitimidade quer ao perfilhante falso, quer ao perfilhado que nisso tenha consentido, mostra bem que para o legislador o abuso de direito não tem espaço nesta sede, e que foi pretendido o afastamento da perfilhação falsa, ainda que esse afastamento ponha em causa situações de convivência consolidada (mesmo as favoráveis ao interesse do perfilhado) – a chamada verdade sociológica não releva.

iv) Não é legítimo criar-se por via doutrinária limites onde o legislador pretendeu precisamente conceder amplo direito, pois a isso obsta o disposto no artigo 9.º, n.º 3 do CC: qualquer interpretação nesse sentido não só não encontra o mínimo de correspondência verbal, como vai contra o espírito da lei.

v) Pelo contrário, na interpretação do regime há que usar de critério que favoreça a impugnação da perfilhação, por ser essa a vocação que o legislador atribuiu ao mecanismo.

A colheita e transplantação de órgãos

Questões éticas e bioéticas

ÂNGELA CASTILHO*

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *O início da transplantação e a sua breve evolução.* 3. *A definição de morte cerebral.* 4. *O princípio da autonomia, o consentimento informado e o consentimento presumido.* 5. *A dignidade humana e o tráfico de órgãos.* 6. *Considerações finais. Referências bibliográficas.*

RESUMO: A transplantação de órgãos é atualmente, para muitos, vista como a única esperança de sobrevivência, uma vez que oferece excelentes opções terapêuticas para doenças incuráveis.

Desde o primeiro transplante de dador vivo em Portugal realizado em 1969, esta modalidade terapêutica foi ganhando extensão. Ao longo dos anos, pudemos observar o número de transplantes e as listas de espera com uma tendência crescente, com a demanda de órgãos a manter-se superior às doações. (Segrechia, 2009; Portugal & Macheta, 2013)

Em 2017, segundo o Instituto Português do Sangue e da Transplantação (IPST), foram realizados 895 transplantes de órgãos, o maior número de sempre. Ainda assim, até ao final desse mesmo ano, ainda se encontravam em lista de espera 2230 indivíduos (IPST, 2018). Esta problemática condiciona o aparecimento de questões como o tráfico de órgãos e o turismo de transplantes. Assim sendo, e encontrando-se as ciências da saúde em constante evolução, vale a pena pensar sobre as questões éticas e bioéticas nas quais se encontra envolto todo o processo, não só da colheita de órgãos, mas igualmente da transplantação e lista de espera de transplantes.

* Enfermeira com 32 anos de experiência no CHULN, atualmente em funções de Coordenação no Bloco Operatório Central e no Gabinete de Colheita e Transplantação.

Neste trabalho, pretende-se abordar as questões que mais controvérsia têm gerado em torno da população em geral e na visão dos profissionais de saúde que compõe as equipas, tais como a definição de morte cerebral, o princípio da autonomia, a dignidade humana, o tráfico de órgãos e o turismo de transplantes.

PALAVRAS CHAVE: dignidade humana, morte cerebral, autonomia, tráfico de órgãos, ética, bioética, transplante, doação

ABSTRACT: Organ transplantation is currently, for many, seen as the only hope of survival, as it offers excellent therapeutic options for incurable diseases.

Since the first living donor transplant in Portugal in 1969, this therapeutic modality has been increasing. Over the years, we have been able to observe the number of transplants and waiting lists with an increasing trend, as the demand for organs remain higher than donations. (Segrecia, 2009; Portugal & Macheta, 2013)

In 2017, the Instituto Português do Sangue e da Transplantação (IPST) show that 895 organ transplants were made, the greatest number ever. However, until the end of the same year, 2230 individuals were still on the waiting list, a much higher number than expected. This condition brings us some other issues such as organ trafficking and transplant tourism. Therefore, and as health sciences are constantly evolving, there is a urgent need to think about the ethical and bioethical issues in which the whole process of organ donation, transplantation and waiting lists are involved.

This paper aims to approach issues that have generated the most controversy around the general population, and also in the view of health professionals, such as the definition of brain death, human dignity, organ trafficking and transplant tourism and also the autonomy principle.

KEYWORDS: human dignity, brain death, autonomy, organ trafficking, ethics, bioethics, transplantation, donation

1. Introdução

A transplantação de órgãos é um tratamento médico de alta tecnologia, numa das suas formas mais extremas, recorrendo-se a este procedimento quando o estágio final de uma doença é atingido. Embora possa salvar vidas, esta hipótese não fornece uma cura nem tampouco o retorno a uma condição de saúde preexistente (Jennings, 2014). Ademais, ao contrário da maioria das outras tecnologias medicamente avançadas, o transplante de órgãos e tecidos depende também de pessoas, uma vez que a única fonte de órgãos e tecidos

humanos são as doações. As doações são maioritariamente obtidas através de uma pessoa adulta/jovem que morreu em circunstâncias repentinas e trágicas, destacando-se o AVC hemorrágico, acidentes de viação, agressões por arma branca, entre outros, metaforizando-se o processo de aquisição de órgãos como uma ponte entre a tragédia humana e a alta tecnologia passível de melhorar a qualidade de vida de indivíduos sem outras opções terapêuticas. Deste modo, e estando envolvidos neste processo não apenas o dador, mas também o receptor, os seus familiares e toda uma equipa de profissionais de saúde, é possível indagar acerca da existência de diversas questões bioéticas que rodeiam esta modalidade terapêutica, encontrando-se no cerne das mesmas o conceito de dignidade humana e a autonomia do ser humano.

Pretende-se com este estudo, a exploração de algumas das temáticas fundamentais em torno da transplantação e bioética. Assim, os objetivos específicos que orientam a estruturação deste documento contemplam a problematização da definição de doação e transplantação de órgãos; a análise das problemáticas éticas adjacentes aos diversos tipos de dadores de órgãos, nomeadamente, a problemática da definição de morte cerebral, a problemática da relação entre o princípio da autonomia, consentimento informado e consentimento presumido; e, por fim, a problemática da dignidade humana e do tráfico de órgãos. Para tal, este trabalho inicia-se com uma breve referência aos marcos mais importantes na transplantação de órgãos, explorando as definições básicas dentro da temática, seguindo-se a exploração das questões bioéticas referidas acima, e por fim, a apresentação das considerações finais.

2. O início da transplantação e a sua breve evolução

A transplantação é a intervenção cirúrgica que compreende a transferência de células, tecidos ou órgãos vivos previamente colhidos de um dador, para um organismo hospedeiro, o designado recetor (Segreca, 2009, p. 7).

Dentro do conceito de transplante podemos ainda distinguir o autotransplante, homotransplante ou alotransplante e xenotransplante. O autotransplante, como o próprio nome indica, consiste no enxerto de tecidos de um indivíduo dentro do seu próprio corpo, estando maioritariamente ligado a excertos de pele, em situações de queimaduras graves. Sendo o tecido do próprio, este transplante não suscita questões éticas extraordinárias. O xenotransplante compreende a transplantação entre diferentes espécies. Já o homotransplante ou alotransplante corresponde à transferência de tecidos, órgãos e células de um indivíduo para outro, dentro da mesma espécie, seja o dador vivo ou cadáver. Este último será o foco deste trabalho, uma vez que suscita a

maioria das questões éticas em torno da temática da transplantação (CNECV, 2006).

Ainda que pareça uma prática recente, a transplantação de órgãos, remonta aos séculos VI e V A.c. Desde essa altura até à atualidade vários foram os marcos que possibilitaram o primeiro transplante de órgão humano bem sucedido, um rim doado entre gémeos em 1954 nos Estados Unidos, realizado por Joseph Murray. Este feito só poderia ter sido conseguido após a descoberta do sistema de sangue ABO, o sistema H da histocompatibilidade e tendo existindo diversas tentativas de transplantação sem sucesso por parte de várias cirurgias, que permitiram perceber o porquê das rejeições tão comuns no começo da técnica. Cerca de 4 anos mais tarde, surge uma das descobertas mais importantes na história da transplantação, o sistema HLA (*human leucocyte antigen system*). Este sistema compreende dois tipos de antígenos, os de classe I e os de classe II, sendo estes responsáveis pelos antígenos respetivamente ligados ao interior e ao exterior. Esta descoberta permitiu aumentar largamente a taxa de sucesso na transplantação, uma vez que se compreendeu que a rejeição do transplante podia ser prevenida “através da comparação dos antígenos de histocompatibilidade do dador com os do receptor” repercutindo-se esta descoberta principalmente na utilização de cadáveres como principal fonte de doação (Barcelos, 2009, p. 72-73)

Após estes dois marcos históricos e a descoberta dos imunossuppressores, a transplantação foi evoluindo até ao que hoje podemos assistir, com largas taxas de sucesso e possibilitando anos de vida a quem se encontrava sem possibilidades terapêuticas.

Inicialmente a doação de órgãos provinha essencialmente de dadores jovens acidentados sem patologia associada. Contudo, e com a evolução da transplantação, o número de acidentados diminuiu e dando lugar às colheitas em utentes com patologia do foro cardiovascular. Devido à escassez de órgãos os critérios são cada vez mais abrangentes e a idade dos dadores cada vez mais avançada.

Em relação às doações, o IPST distingue duas fontes de órgãos humanos, os dadores vivos e os dadores mortos/falecidos. É ainda possível definir mais especificamente o *dador vivo relacionado*, o indivíduo que detenha qualquer tipo de relação com o recetor, o *dador vivo não-relacionado*, o dador que não tem relação familiar/emocional com o recetor (IPST, 2009).

3. A definição de morte cerebral

Atualmente, a grande maioria dos órgãos doados provém de dadores falecidos. Os dadores cadáveres/falecidos distinguem-se entre *dadores cadáveres após*

paragem cardiorrespiratória ou *dadores cadáveres em morte cerebral* (IPST, 2018). Estes últimos têm estado na origem de diversos diálogos sobre a colheita e transplantação de órgãos, uma vez que a sua definição e a definição da morte em si, suscitam dúvidas e controvérsias, tanto para os familiares do dador, seja para os profissionais de saúde que lidam diariamente com a seleção, colheita e transplantação de órgãos (Segrecia, 2009; Barcelos, 2009; Lima, 2012).

Em 1967 o mundo ficou intrigado quando na África do Sul o Dr. Christian Barnard removeu o coração de um dador em morte cerebral, que apresentava batimentos cardíacos, realizando assim o primeiro transplante cardíaco no mundo (Barcelos, 2009, p. 61; Abouna, 2003, p. 59) Note-se que no início da transplantação, apenas indivíduos que sofreram paragem cardiorrespiratória podiam ser dadores de órgãos, uma vez que esta era a condição que definia a morte, um conceito tendencialmente linear e que não deixava margem para dúvidas (Barcelos M. R., 2009). Com o avanço das tecnologias e a possibilidade de prolongar a vida indefinidamente através de ventiladores e outro tipo de suporte orgânico, surgiu no século XX, a necessidade de definição de morte cerebral, que ainda hoje é alvo de debates (Barcelos & Neves, 2009; Freeman & Bernat, 2012).

Os critérios de morte cerebral foram definidos em 1968 após um debate entre médicos, advogados, filósofos e teólogos, sobre qual o grau de destruição cerebral que o doente deveria evidenciar para que a morte pudesse ser declarada. Foi então definida como lesão irrecuperável e incompatível com a vida, toda a lesão cerebral que resultasse numa perda total das funções do cérebro e do tronco cerebral (Barcelos, 2009, p. 88-89). Neste sentido, e a fim de providenciar critérios bem definidos para declarar um indivíduo em morte cerebral, a Acta Médica Portuguesa publica um documento onde define o conceito enquanto a cessação irreversível das funções de todas as estruturas neurológicas intracranianas, muito embora as funções cardíaca e pulmonar possam estar mantidas artificialmente, sendo a causa do coma conhecida e documentada, e excluídas hipotermia, alterações endócrinas ou metabólicas anteriores, uso de fármacos depressores do sistema nervoso central, uso de fármacos bloqueadores neuromusculares e a suspeita de intoxicação (Acta Médica Portuguesa, 1998).

Atualmente, o novo conceito de morte estabelecido pela comunidade científica e aceite pela maioria das sociedades e grupos religiosos, é o de morte cerebral, sendo imperativo que o diagnóstico seja suportado por clínicos que não estejam relacionados com o processo de transplantação (Peterson & Norton, 2014). Para que o processo não suscite dúvida, o diagnóstico de morte cerebral pode envolver diversos exames complementares de diagnóstico como é o caso da angiografia cerebral de quatro vasos, angiografia por tomografia computo-

rizada, angiografia por ressonância magnética nuclear, teste de atropina, determinação do oxigénio da veia jugular, o doppler transcraniano (Fonseca, 2011).

Não obstante, este estado de coma profundo, pode muitas vezes não ser entendido pela família como a morte do seu familiar, uma vez que é possível observar o indivíduo quase como que adormecido e a respirar tranquilamente, com batimento cardíaco ainda que de uma forma artificial (Barcelos, 2009; Lima, 2012).

4. O princípio da autonomia, o consentimento informado e o consentimento presumido

O princípio da autonomia pressupõe o poder da independência praticado pela pessoa, a sua capacidade de agir e exercer os seus direitos e ver respeitadas as suas próprias crenças e valores, sem qualquer tipo de coação, ainda que sujeito ao poder jurídico vigente (Firmino, 2004, p. 238). Nos termos da doação e transplantação de órgãos, o consentimento informado está, portanto, intrinsecamente relacionado ao princípio da autonomia, uma vez que, para que um consentimento seja válido, é necessário que a pessoa, livre de qualquer tipo de coação seja capaz de fazer uma escolha informada (Firmino, 2004, p. 245).

Apesar da maioria dos órgãos para transplante serem provenientes de doadores cadáveres, predomina nos centros de transplantação mundiais a insuficiência de órgãos para atender às necessidades da população, uma vez que a grande maioria não cumpre os critérios clinicamente exigidos para transplante. Como estratégia para fazer face a este problema, alguns países implementaram o princípio do consentimento presumido, aceitando-se do princípio que, segundo a Lei 2002/2007, todo o indivíduo adulto que morre é um potencial dador, a menos que tenha manifestado a sua objeção através do seu registo no RENNDA (Registo Nacional de Não Dadores), independentemente dos desejos dos seus familiares (Abouna, 2003). Por outro lado, em alguns países, o consentimento de um doente que faleceu pode ser dado por familiares que conhecem ou podem inferir a vontade da pessoa falecida referente à doação, ou decidir com base na sua própria opinião no caso de não se conhecer a vontade da pessoa falecida (IPST, 2016, p. 29) No caso de Portugal, mesmo que os familiares recusem a doação, a equipa pode prosseguir com a mesma, protegida pela lei. Alguns especialistas questionam a assunção do consentimento para doação por simplesmente não existir registo de objeção, chegando a considerar o consentimento presumido como apropriação do corpo. Por outro lado, deparamo-nos com um dilema ético quando confrontamos a morte de milhares de doentes que aguardavam transplante com os milhares de órgãos descarta-

dos, questionando-se a obrigatoriedade do consentimento explícito. Para além destas questões, surgem também dificuldades adicionais quando reveladas as questões culturais, religiosas e sociais relacionadas com a morte e a importância de manter o corpo intacto.

Relativamente aos dadores vivos, o Guia para a Qualidade e Segurança dos Órgãos para Transplantação, responsável por espelhar as recomendações europeias e os critérios de decisão em diferentes aspetos do processo da doação e transplantação é bastante explícito quanto ao consentimento informado, declarando que os órgãos só podem ser removidos de um dador vivo após “consentimento informado, livre e específico, por escrito ou perante um organismo oficial.”, acrescentando que “os dadores devem estar isentos de qualquer influência ou coação indevidas e, portanto, dar o seu consentimento de livre vontade” (IPST, 2016, p.29).

5. A dignidade humana e o tráfico de órgãos

O tráfico de órgãos é definido como a aquisição de órgãos de pessoas vivas ou mortas de forma coagida, seja por “rpto, fraude, engano, abuso de poder ou (...) posição de vulnerabilidade” bem como o ato de oferecer ou receber pagamentos de qualquer tipo, no sentido de controlar o potencial dador, com o intuito de transplantação dos seus órgãos (Roza, 2012, p. 1). Segundo a OMS em 2018 estimava-se que 5-10% dos transplantes realizados fossem de origem do comércio de órgãos. (IPST, Seminário Tráfico de Órgãos, 2018)

A lacuna existente entre a demanda e a oferta de órgãos conduziu a um comércio internacional de órgãos humanos, particularmente em países em desenvolvimento como o Médio Oriente e o Extremo Oriente, onde a distribuição da riqueza é dispare e os órgãos de cadáveres não estão facilmente disponíveis (Robson, Dublin, & Razack, 2010). Consequentemente, emergiu uma prática médica deplorável que permite a compra de órgãos humanos a indivíduos pobres, para transplantação em clientes ricos, somando lucros aos hospitais e clínicos envolvidos no processo (Miller, 1999; Barcelos & Neves, 2009). Os argumentos a favor da compra regulamentada de órgãos apontam como vantagens a disponibilidade de mais órgãos, reduzindo assim o tempo de espera, o número de mortes e o custo total do tratamento de doentes em estádios terminais. Defendem também que, em países em desenvolvimento, será mais produtivo regulamentar a compra e venda de órgãos humanos, possibilitando deste modo a garantia dos cuidados necessários a dadores e recetores (Radcliffe-Richards, Daar, Guttman, et al, 1998). Para além de todas as questões que se podem colocar na tentativa de refutar estes argumentos, a afirmação

de Renaud (2004, p.205) “a pessoa não habita “no” seu corpo mas habita o seu corpo” – torna impossível justificar em termos éticos a aprovação do comércio de órgãos.

Sendo a dignidade humana intrínseca a todos os seres humanos, esta é um princípio moral que se baseia na concepção do Homem sempre como um fim, e nunca como um meio (CNECV, 1999), concluindo-se através desta premissa que “o ser humano, pela sua dignidade não tem preço” (Santos, 2004, p. 330). Deste modo, a venda de órgãos é uma afronta não só ao altruísmo, mas também à dignidade humana em oposição a uma abordagem utilitária da transplantação, uma vez que a venda de órgãos promove a coerção e a exploração dos pobres (DePergola, 2018, p. 3); promove baixa qualidade de cuidados de saúde ao dador e ao recetor, em resultado de uma triagem pouco rigorosa; beneficia empreendedores bárbaros e clínicos gananciosos e egocêntricos (Abouna, 2003). Ademais, o comércio de órgãos viola tanto o direito à autonomia como crenças morais aceites na maioria das sociedades. A transformação dos órgãos humanos numa mercadoria convida à corrupção, na medida em que proporciona o seu acesso e distribuição de forma injusta e inigualitária, predispondo tendências criminosas.

Devido à dimensão deste problema, em 2008 foi redigida a Declaração de Istambul e, mais tarde, em 2015, foi realizada uma convenção europeia somente em torno do tráfico de órgãos e com foco na sua prevenção, combate e proteção das vítimas. No entanto, a erradicação desta prática ainda se encontra longe do fim, cabendo aos gabinetes de colheita e transplantação dos diferentes países um aumento da eficácia e eficiência na implementação das várias etapas do processo de doação e transplantação de órgãos, pois “a doação voluntária e não-remunerada, há muito tempo definida como a única base ética para a doação de material biológico, deve continuar a desempenhar um papel central no processo de doação.” (IPST, 2016, p.31).

6. Considerações finais

Com a concretização deste trabalho retiramos conclusões em diferentes vertentes. Primeiramente, na recolha de informação disponível foi possível perceber que a grande maioria dos trabalhos foram realizados há mais de cinco anos, sendo notória uma necessidade de atualização da investigação produzida acerca da transplantação e das questões bioéticas. Seguidamente, e ainda que exista um número considerável de artigos disponíveis acerca da qualidade e segurança na transplantação de órgãos, é possível compreender que continuam a existir lacunas a nível legal que permitem a violação dos direitos humanos,

especialmente no que diz respeito ao tráfico de órgãos. Posto isto, tal como nos alerta Costa (2017, p. 39) “é imperativo fazer convergir a autonomia individual – expressa através do consentimento livre e esclarecido – com a solidariedade social – testemunhada pela dimensão altruísta da gratuidade da dádiva – legitimando-se assim, a doação em vida pela preservação e promoção da dignidade humana.”, respeitando-se perante o utente, valores e princípios de confidencialidade, autonomia, justiça e não-maleficência. Para tal, é necessário que todos os intervenientes no processo de selecção de dadores, colheita e transplantação continuem a trabalhar com vista a garantir que, cada vez mais, estão salvaguardados os direitos do dador, do receptor e das suas respectivas famílias. Assim, existe uma equipa multidisciplinar que se reúne com a família num ambiente privado, e comunica por fases todo este processo, dando espaço à família para colocar questões e esclarecer dúvidas existentes, sensibilizando a mesma para a doação enquanto ato de solidariedade, esforçando-se por transmitir a verdade, numa relação de confiança, bom senso, conhecimento e lealdade. Para além disso, é também importante continuar a desenvolver conteúdo científico na área, que cada vez mais sensibilize os profissionais de saúde e a população em geral para esta temática, e que permita o dialogo de questões tão importantes como as explanadas de uma forma resumida neste trabalho, ficando questões no ar, como “*o que é ético afinal, respeitar aquela família que não deseja a doação de órgãos do seu familiar ou salvar aquele doente que aguarda a doação como meio de sobrevivência?*”.

Referências bibliográficas

- ABOUNA, G. M. (2003). Ethical Issues in Organ Transplantation. *Medical Principles and Practice- Medical Ethics Series*, 12, 54-69.
- ACTA MÉDICA PORTUGUESA. (1998). Guia do Diagnóstico de Morte Cerebral. *Acta Médica Portuguesa*, 11, 91-95.
- BARCELOS, M. D., & NEVES, M. P. (2009). Reflexão Ética sobre a doação de tecidos e órgãos humanos: entre o respeito pela autonomia e a exigência de solidariedade. *Revista Portuguesa de Bioética*(7), 23-40.
- BARCELOS, M. R. (2009). *Integridade da Pessoa: Fundamentação ética para a doação de órgãos e tecidos para a Transplantação*. Dissertação de mestrado em bioética, Faculdade de Medicina – Universidade de Lisboa .
- CNECV. (1999). *Documento de trabalho 26/CNECV/99- Reflexão Ética Sobre a Dignidade Humana*.
- CNECV. (2006). Parecer 50/CNECV/2006 sobre colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana. *Presidência do Conselho de Ministros*, pp. 3-4. Obtido

- em 3 de Outubro de 2019, de http://www.cnecev.pt/admin/files/data/docs/1339664472_P050_ParecerTransplantes.pdf
- COSTA, R. P. (2017). *Aspectos Jurídicos da Transplantação de Órgãos*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, Universidade de Coimbra.
- DEPERGOLA, P. (2018). The Ethical Principle of Vulnerability and the case against human organ trafficking. *Online Journal of Health Ethics*, 14 (1).
- FIRMINO, F. (2004). Autonomia e Respeito. Em M. C. Neves, & S. Pacheco, *Para uma Ética da Enfermagem* (pp. 237-248). Gráfica de Coimbra.
- FONSECA, L. F. (2011). *Diagnóstico de Morte Cerebral*. Artigo de revisão, Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra.
- FREEMAN, R. B., & Bernat, J. L. (2012). Ethical Issues in Organ Transplantation. *Progress in Cardiovascular Diseases*, 55, 282-289.
- INSTITUTO PORTUGUÊS DA TRANSPLANTAÇÃO. (2018). Doação e Transplantação de Órgãos – Atividade Nacional 2012-2017. *Coordenação Nacional de Transplantação*. Obtido em 8 de Outubro de 2019, de http://ipst.pt/files/TRANSPLANTACAO/DOACAOETRANSPLANTACAO/Colheita_e_Transplantacao_2017_22janeiro.pdf
- IPST. (2016). *Guia para a qualidade e segurança dos órgãos para transplantação* (5.ª ed.). Lisboa: Instituto Português da Transplantação.
- IPST. (2018). *Circular Normativa sobre o Protocolo de Avaliação Psicológica e Psiquiátrica Pré e Pós Doação em Vida n.º 003/ INF – IPST, IP/18*.
- IPST. (2018). *Doação e Transplantação de órgãos – Atividade nacional*. Coordenação Nacional de Transplantação.
- IPST. (2018). Seminário Tráfico de Órgãos. Lisboa.
- JENNINGS, B. (2014). *Bioethics* (4th ed.). Farmington Hills: Cengage Learning.
- Lei n.º22/2007 de 29 de Junho (2007). Colheita e transplante e órgãos e tecidos de origem humana – Diário da República, 1.ª série, n.º 124. Disponível em HYPERLINK “<http://dre.pt/pdfs/2007/06/12400/41464150.pdf>” <http://dre.pt/pdfs/2007/06/12400/41464150.pdf>
- LIMA, A. A. (2012). Doação de Órgãos para transplante: conflitos éticos na percepção do profissional. *O Mundo da Saude*, 36(1), 27-33.
- MILLER, R. B. (1999). Ethics of Paid Organ Donation and the use of executed prisoners as donors: a dialectic with professor Cameron and Hoffenberg. *Kidney Internacional*, 55 (2), 733-737.
- NEVES, M. P., & Pacheco, S. (2014). *Para uma Ética da Enfermagem*. Coimbra: Gráfica de Coimbra.
- PETERSON, A., & Norton, L. (2014). Toward a Science of Brain Death. *The American Journal Of Bioethics*, 14(8), 29-31.

- PORTUGAL, A. C., & MACHETA, M. R. (2013). Transplante e Doação de Órgãos e Tecidos a Partir de Dadores Vivos- Uma reflexão Bioética. *Revista Percursos*(28), 30-42.
- RADCLIFFE-RICHARDS, J., DAAR, S., GUTTMANN, D., & al, e. (1998). The case for allowing kidney sales. *The Lancet*, 351, 1950-1952.
- RENAUD, M. (2004). Dignidade Humana. Em M. C. Neves, & S. Pacheco, *Para uma Ética da Enfermagem* (pp. 203-214). Coimbra: Gráfica de Coimbra.
- ROBSON, N., DUBLIN, N., & RAZACK, A. (2010). Review paper: Organ transplants: ethical, social and religious issues in a Multicultural Society. *Asia- Pacific Academic Journal of Public Health*, 22, 271-278.
- ROZA, B. A. (2012). Turismo e tráfico de órgãos para transplante: aspectos conceituais e implicações na prática. *Acta Paulista de Enfermagem*, 25 (6), I-II.
- SANTOS, A. L. (2004). Vida e Morte. Em M. C. Neves, & S. Pacheco, *Para uma Ética da Enfermagem* (pp. 323-335). Coimbra: Gráfica de Coimbra.
- SEGREGIA, E. (2009). *Transplante de Órgãos – Fundamentos e ética biomédica*. Parede: Principia.

Controlo e Compliance bancário na prevenção do branqueamento de capitais

FERNANDO MANUEL BARROSO VILELAS*

SUMÁRIO: *Introdução. I. Branqueamento de capitais: 1. Criminalização e evolução legislativa no plano internacional; 2. O branqueamento de capitais na ordem jurídica interna. II. Controlo interno e compliance na atividade bancária: 1. Sistema de controlo interno; 2. Compliance e a prevenção do branqueamento; 3. Responsável pelo cumprimento normativo e de compliance; 4. Programas de compliance e responsabilidade penal. Conclusões. Bibliografia.*

RESUMO: O branqueamento de capitais constitui motivo de preocupação transversal à generalidade das sociedades modernas e uma ameaça séria ao Estado de Direito. O fenómeno desenvolve-se fundamentalmente através do setor bancário explorando as fragilidades de uma economia global fortemente impulsionada por sucessivas inovações tecnológicas fazendo despontar novas formas de criminalidade que ameaçam a solidez, a integridade e a confiança no próprio sistema financeiro, indispensável ao desenvolvimento social-económico. A face mais nítida do combate do fenómeno tem-se feito sentir no plano preventivo e, sobretudo, nas últimas décadas, com a adoção de múltiplos instrumentos normativos que convocam as instituições de crédito a juntar-se à administração estadual na realização da justiça, impondo-lhes exigentes deveres em nome da prevenção do branqueamento de capitais.

PALAVRAS-CHAVE: Branqueamento de capitais; prevenção; setor bancário; controlo interno; programas de *compliance*

* Licenciado e mestrando em Direito, admitido à fase de dissertação, na especialidade de Direito Penal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito Bancário pelo Centro de Investigação em Direito Privado, da mesma Faculdade. Inspetor da Polícia Judiciária.

ABSTRACT: Money laundering has caused concern across most modern societies and a threat to the rule of law. The phenomenon develops fundamentally through the banking sector, exploiting weaknesses of a global economy strongly driven by successive technological innovations and giving rise to new forms of crime that threaten the solidity, integrity and confidence in the financial system itself, indispensable to the social and economic development. The fight against the phenomenon stands out, especially at a preventive level, with the adoption of normative instruments in the last decades that call the credit institutions to join the state administration in the accomplishment of justice, imposing demanding duties in the name of preventing money laundering.

KEYWORDS: Money laundering; prevention; banking sector; internal control; compliance programs

Introdução**

A preocupação em torno da adoção de mecanismos adequados à proteção do sistema financeiro surgiu na década de 80 do século passado com o crescente aumento da criminalidade organizada e a utilização dos bancos para “dissimular” proventos conseguidos com atividades ilícitas. A comunidade internacional fez do combate ao branqueamento de capitais uma das principais prioridades, estimulando a aproximação e concertação de esforços entre Estados e organismos através da implementação e reforço de procedimentos e mecanismos de controlo e *compliance*¹ que recaem sobre os operadores do sistema financeiro² e obrigam a um esforço de permanente atualização.

** A., AA. – autor, autores; AA.VV. – autores vários; BCBS – Basel Committee on Banking Supervision; cf. – confira, confronte; cit., cits. – citado, citada, etc., cita-se; citação, citações; CP – Código Penal; ed., eds. – edição, edições; editora, editoras; EUA – Estados Unidos da América; e. g. – exempli gratia (por exemplo); FAFT-GAFI – Financial Action Task Force – Groupe d’Action Financière; i. e. – id est (isto é); n.º, n.ºs – número, números; ONU – Organização das Nações Unidas; org. – organizador, organização; p., pp. – página, páginas; RCBE – Registo Central do Beneficiário Efetivo; RGICSF – Regime Geral Instituições Crédito Sociedades Financeiras; RPCC – *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*; UE – União Europeia; UIF – Unidade de Informação Financeira; v. g. – verbi gratia (por exemplo).

¹ Cf. MIGUEL DA CÂMARA MACHADO ao referir a existência de quatro gerações de instrumentos normativos que, apesar de tudo tendem a “autodestruir-se”. Em “4G na Prevenção do Branqueamento de Capitais: Problemas, Paradoxos e Principais Deveres”, *Estudos de Direito Bancário I*, Almeida, 2018, pp. 78-80.

² O leque de entidades com responsabilidades em matéria de prevenção do branqueamento de capitais é bem mais vasto, cf. artigos 3.º a 7.º, da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

O presente trabalho visa analisar a evolução dos regimes da prevenção do branqueamento e refletir sobre algumas das medidas que recaem sobre o setor bancário. Assim, para melhor enquadramento do tema em análise daremos início ao estudo com breve levantamento da legislação que, no plano internacional e a nível nacional, regulam esta matéria e dos normativos que, no setor bancário, concretizaram e densificaram a aplicação efetiva de tais disposições.

Num segundo momento trataremos de caracterizar o sistema de controlo interno das instituições de crédito e, em particular, a importância dos mecanismos de *compliance* na prevenção e eventual exclusão da responsabilidade penal das instituições de crédito pela prática do crime de branqueamento.

Terminamos o estudo com breves considerações sobre as conclusões alcançadas.

I. Branqueamento de capitais

1. Criminalização e evolução legislativa no plano internacional

Os regimes de prevenção do branqueamento de capitais desenvolveram-se, sobretudo, a partir dos anos noventa³, no contexto da luta contra o tráfico internacional de substâncias estupefacientes. Em 1961, as Nações Unidas⁴ já haviam reconhecido a toxicomania como um flagelo para o indivíduo e um perigo económico e social para a humanidade que urgia combater. As preocupações em torno da saúde pública e dos problemas sociais resultantes do abuso de substâncias psicotrópicas foram renovadas uma década depois, na Convenção de Viena⁵.

A tomada de consciência em torno da adoção de mecanismos de proteção adequados no sistema financeiro para impedir a sua utilização para movimentação de fundos de proveniência ilícita terá surgido nesse período, como de resto parece decorrer da recomendação⁶ do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 27/06/1980, sustentada no relatório do *Committee of Experts on*

³ Cf. MIGUEL DA CÂMARA MACHADO a propósito das gerações de instrumentos normativos que têm impulsionado o desenvolvimento do regime da prevenção do branqueamento de capitais nas últimas décadas, *cit.*, p. 81.

⁴ Convenção Única das Nações Unidas sobre Estupefacientes, Nova Iorque, de 30 de março de 1961.

⁵ Convenção das Nações Unidas sobre Substâncias Psicotrópicas, Viena, de 21 de fevereiro de 1971.

⁶ *Recommendation n.º R (80) 10 of the Committee of Ministers to Member States on Measures Against the Transfer and the Safekeeping of Funds of Criminal Origin, on 27 June 1980* [Versão eletrónica], acedida em 03 de abril de 2022, em: <https://rm.coe.int/16804f6231>.

*Violence*⁷ sobre o aumento da criminalidade organizada e a utilização dos bancos para lavagem de dinheiro, que propôs a adoção de procedimentos mais rigorosos no setor bancário, entre os quais, e em particular, a identificação de clientela aquando da realização de certas operações financeiras.

Neste contexto importa destacar as iniciativas dos EUA, que através do *Money Laundering Control Act of 1986*⁸ providenciaram pela instituição de medidas por forma a garantir a monitorização e a conformidade de procedimentos no setor financeiro e, posteriormente, com o *Comprehensive Thrift Act and Bank Fraud Prosecution and Taxpayer Recovery Act of 1990*⁹, que estabeleceu regras para impedir condutas financeiras abusivas, contemplando, entre outras, medidas que impediam o acesso e exercício de funções nas instituições financeiras a indivíduos condenados por certos crimes económicos.

De salientar ainda a declaração geral de princípios éticos do Comité de Basileia¹⁰ de 1988, que exortou as administrações dos bancos a implementar procedimentos eficazes de *due diligence*, a recusar transações que não parecessem legítimas e a estabelecer laços de cooperação com as autoridades, delineando as *guidelines* sobre as quais viriam a ser estruturados os padrões de conduta na atividade bancária.

O aumento crescente do tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas e a ameaça permanente que as organizações criminosas representavam para o desenvolvimento económico e a segurança e soberania dos Estados¹¹ fez despoletar, ainda nesse mesmo ano, a primeira resposta harmoni-

⁷ *General Observations, Recommendation on measures against the transfer and the safekeeping of funds of criminal origin – Explanatory memorandum* [Versão eletrónica], acedida em 03 de abril de 2022, em: <https://wcd.coe.int/> e <https://rm.coe.int/native/09000016804b7be9>.

⁸ O diploma constitui uma referência na incriminação do branqueamento. Cf. *United States Government Publishing Office (GPO)*, “The Anti-Drug Abuse Act of 1986, Public Law 99-570—OCT. 27, 1986, Subtitle H – Money Laundering Control Act of 1986”, [Versão eletrónica]. Acedido em 03 de abril de 2022, em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-100/pdf/STATUTE-100-Pg3207.pdf>.

⁹ *United States Government Publishing Office (GPO)*, “Crime Control Act of 1990, Public Law 101-647—NOV. 29, 1990, Financial Institutions Anti-Fraud Enforcement Act of 1990 e Comprehensive Thrift Act and Bank Fraud Prosecution and Taxpayer Recovery Act of 1990). Acedido em 03 de abril de 2022, em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-104/pdf/STATUTE-104-Pg4789.pdf>.

¹⁰ *Prevention of criminal use of the banking system for the purpose of money-laundering*, The Basel Committee on Banking Supervision ou BCBS [Versão eletrónica]. Acedido em 03 de abril de 2022, em: <https://www.bis.org/publ/bcbs137.pdf>.

¹¹ A este respeito NUNO BRANDÃO sublinha a importância da adoção das convenções como resposta às preocupações internacionais face ao branqueamento de capitais e à criminalidade organizada, in: *Branqueamento de Capitais: O Sistema Comunitário de Prevenção*, Coimbra Editora, 2002, p. 61.

zada a nível internacional contra o branqueamento de capitais, com a adoção da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena)¹², de 20 de dezembro.

Este instrumento tornou-se uma referência para os desenvolvimentos legislativos posteriores ao fornecer as linhas orientadoras que permitiram tipificar o branqueamento de capitais como conduta típica e ilícita e considerar a derrogação do segredo bancário¹³ como mecanismo especial de eleição na prevenção e investigação daquele fenómeno criminal.

Por finais da década de 1980 o tráfico de estupefacientes e o branqueamento de capitais atingiram proporções alarmantes transformando-se num problema social à escala global. Como resposta, em 1989, na Cimeira dos Países do Grupo dos 7 (G-7)¹⁴ foi criado um organismo intergovernamental (*Financial Action Task Force* – Grupo de Ação Financeira/FAFT-GAFI) com a missão de avaliar e promover a cooperação e a assistência mútua em matéria de combate ao tráfico de estupefacientes, bem como de estudar e propor medidas adequadas que permitissem impedir a utilização do sistema bancário e, de um modo geral, as instituições financeiras para fins de lavagem de dinheiro e avaliar a eventual adaptação dos sistemas legais e regulatórios com o objetivo de melhorar a assistência jurídica multilateral¹⁵. O FAFT-GAFI apresentou o seu primeiro relatório no ano seguinte, propondo desde logo a implementação de um

¹² Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91, de 06/09 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91, de 06/09. Foi publicada em Diário da República I-A, n.º 205, de 06/09/1991.

¹³ Veja-se o artigo 79.º, com a epígrafe “Excepções ao dever de segredo”, do Regime Geral das Instituições de Crédito de Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro.

¹⁴ “Summit of the Arch”, University of Toronto Library and the G7 Research Group at the University of Toronto. Acedido em 03 de abril de 2022, em: www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/index.html.

¹⁵ *Financial Action Task Force on Money Laundering – Annual Report 1990*. Acedido em 03 de abril de 2022, em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/1990%20ENG.pdf>. Entretanto, outros organismos intergovernamentais foram criados com vista ao desenvolvimento e implementação de uma estratégia global abrangente para combater o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, conforme estabelecido nas Recomendações do GAFI, entre as quais: o *Financial Action Task Force of Latin America* (GAFILAT), *Asia/Pacific Group on Money Laundering* (APG) *Caribbean Financial Action Task Force* (CFATF), *Council of Europe Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism* (MONEYVAL) *Eurasian Group* (EAG) *Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group* (ESAAMLG), *Inter Governmental Action Group against Money Laundering in West Africa* (GIABA) *Middle East and North Africa Financial Action Task Force* (MENAFATF) *Task Force on Money Laundering in Central Africa* (GABAC).

conjunto de recomendações (As Quarenta Recomendações do GAFI)¹⁶ para reforçar o combate ao branqueamento de capitais conseguidos com o tráfico de estupefacientes.

Estas recomendações tinham como principais destinatárias as instituições financeiras do setor bancário e contemplavam a adoção de programas de prevenção do branqueamento dirigidos, sobretudo ao desenvolvimento de políticas específicas e a implementação de procedimentos e controles internos que passavam pela nomeação de *compliance officers*, a seleção de funcionários segundo elevados padrões, a criação de programas de formação e a instituição de uma função de auditoria (*cf. Recomendação 20*).

Ainda nesse ano, o Conselho da Europa adotou a Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime¹⁷, estendendo as medidas propostas na Convenção de Viena à deteção e confisco de instrumentos, produtos e bens resultantes da prática de outros crimes, que não apenas do tráfico de droga.

No plano comunitário, a Diretiva 91/308/CEE do Conselho, de 10 de junho de 1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais definiu os contornos de um quadro preventivo assente, fundamentalmente na vinculação das entidades do setor financeiro a um conjunto de deveres. O instrumento fez eco das recomendações do FAFT-GAFI prevendo especificamente a criação de “processos adequados de controlo interno e de comunicação para prevenir e impedir a realização de operações relacionadas com o branqueamento de capitais” pelas instituições de crédito e outras instituições financeiras, decorrentes do tráfico de estupefacientes.

Em linha com a *Recomendação 16* do FAFT-GAFI foi definida a criação de um sistema obrigatório para comunicação de transações financeiras às autoridades quando sobre estas recaíssem suspeitas¹⁸ de que os fundos haviam resultado de atividades criminosas. Esta obrigação incidia exclusivamente sobre as

¹⁶ *The Forty Recommendations on Money Laundering (1990)* of Financial Action Task Force, [Versão eletrónica], acedida em 03 de abril de 2022, em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%201990.pdf>.

¹⁷ Convenção de Estrasburgo, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 70/97, de 13/12; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 73/97, de 13/12. Publicada no Diário da República I-A, n.º 287, de 13/12/1997 (Resolução da Assembleia da República n.º 70/97).

¹⁸ Através da Instrução n.º 70/96, de 17 de junho de 1996, o Banco de Portugal definiu o critério segundo o qual se aferia do grau de suspeição sobre determinada operação financeira. Como expressamente resulta daquele normativo, a suspeita não pressupunha, necessariamente, a existência de elementos confirmativos da prática da atividade criminosa, mas antes decorria da apreciação das circunstâncias concretas em que a operação era realizada, por apelo ao critério-padrão do “homem

instituições financeiras que, em face da sua posição privilegiada estariam em condições de detetar e prevenir eventuais comportamentos abusivos por parte dos seus clientes e, deste modo, contribuir para a preservação, reputação e integridade do sistema financeiro.

A expansão da criminalidade, em particular da organizada de cariz transnacional induziu os Estados à concertação de esforços em prol de uma resposta global mais eficaz. Assim, em novembro de 2000, as Nações Unidas adotaram a Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional¹⁹ alargando o âmbito da incriminação por branqueamento de capitais a outra criminalidade grave subjacente e promovendo o reforço da cooperação internacional²⁰ e do intercâmbio de informação. O referido instrumento propôs ainda o reforço da supervisão das entidades bancárias e de outras instituições financeiras e a criação de uma unidade de informação financeira²¹ com competência para recolher,

médio”. Cf. [Versão eletrónica], acessada em 03 de abril de 2022, em: (<https://www.bpportugal.pt/instrucao/7096>).

¹⁹ Convenção de Palermo, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 02/04; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 02/04. Publicada no Diário da República I-A, n.º 79, de 02/04/2004 (Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004).

²⁰ EUCLIDES DÂMASO SIMÕES in “A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, A. 16, n.º 3, julho-setembro, pp. 423-424. No mesmo sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES considera a cooperação judiciária e policial, a par da harmonização legislativa como instrumentos necessários ao combate de uma criminalidade nova que se desenvolve no contexto europeu desprovido de fronteiras in *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008, p.151.

²¹ Cf. artigo 7.º, n.º 1, b), da Convenção contra a Criminalidade Organizada Transnacional, “*Each State Party*”: “...shall consider the establishment of a financial intelligence unit to serve as a national centre for the collection, analysis and dissemination of information regarding potential moneylaundering.”. [Versão eletrónica], acessadas em 03 de abril de 2022, em: www.unodc.org e https://www.imolin.org/pdf/imolin/Overview%20Update_0107.pdf.

A Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo adotou a seguinte definição “*Unidade de Informação Financeira designa uma unidade central, de âmbito nacional, responsável pela recepção (e, se permitido, pela solicitação), análise e divulgação às autoridades competentes de informações de natureza financeira i) sobre presumíveis produtos e potenciais meios de financiamento do terrorismo; ou ii) exigidas pela legislação ou regulamentação nacional, visando o combate ao branqueamento e ao financiamento do terrorismo*”.

A Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, acolheu a mesma definição fazendo-a constar do considerando 37 e do artigo 32.º, como uma “*unidade central nacional*”, “*operacionalmente independente e autónoma*” responsável por “*recolher e analisar a informação que recebem com o objetivo de estabelecer ligações entre as operações suspeitas e as atividades criminosas a elas subjacentes, a fim de prevenir e combater o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo*”.

Em Portugal a Unidade de Informação Financeira foi criada através do Decreto-Lei n.º 304/2002, de 13 de dezembro, e colocada na dependência orgânica da Direção Nacional da Polícia Judiciária,

analisar e disseminar informações relacionadas com a prevenção do branqueamento de capitais.

Posteriormente, a Diretiva 2001/97/CE, do Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, de 4 de dezembro de 2001, veio alterar a Diretiva 91/308/CEE consagrando uma noção mais ampla do conceito de branqueamento de capitais por via da inclusão de outras infrações principais e procedendo ao alargamento do leque de entidades obrigadas, com a inclusão de pessoas singulares e coletivas no desempenho de certas atividades profissionais²².

No seguimento dos atentados terroristas nos EUA, em 11 de setembro de 2001, o FAFT-GAFI emitiu orientações no sentido de as instituições financeiras desenvolverem novas práticas no sentido de adaptarem os seus procedimentos à deteção e dissuasão de transações de fundos relacionadas com o financiamento do terrorismo e de reforçarem os seus processos gerais de auditoria interna e externa²³ (*cf. Considerando 7*). O documento enalteceu a importância da instituição financeira na deteção e reporte de operações financeiras suspeitas que, com a Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo das Nações Unidas haviam passado a ser apreciadas segundo um critério²⁴ de combinava os fatores “complexidade” e “habitualidade” da transação.

de acordo com a Lei n.º 37/2008, de 6 de agosto. Nos termos do artigo 27.º, n.º 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 137/2019, de 13 de Setembro, que aprovou a nova estrutura orgânica da Polícia Judiciária, a “UIF tem como competências a recolha, a centralização, o tratamento e a difusão, no plano nacional, da informação respeitante à prevenção e investigação dos crimes de branqueamento de vantagens de proveniência ilícita, financiamento do terrorismo e dos crimes tributários, assegurando, no plano interno, a cooperação e articulação com a autoridade judiciária, com as autoridades de supervisão e de fiscalização e com as entidades financeiras e não financeiras, previstas na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, e, no plano internacional, a cooperação com as unidades de informação financeira ou estruturas congéneres”, podendo ser integrada por “trabalhadores da Autoridade Tributária e Aduaneira e de outras autoridades de supervisão ou serviços e estruturas governamentais, em modalidade a definir por portaria pelos respetivos ministros, de acordo com o regime que lhes seja aplicável”.

²² O artigo 2.º A passou a prever como obrigadas as instituições de crédito, as instituições financeiras, bem como um conjunto de pessoas singulares e coletivas no desempenho das suas atividades profissionais (Auditores, técnicos de contas externos e consultores fiscais; Agentes imobiliários; Notários e outros profissionais forenses independentes, Negociantes em bens de elevado valor e casinos).

²³ *Guidance for Financial Institutions in Detecting Terrorist Financing, Financial Action Task Force on Money Laundering*. [Versão eletrónica] acedida em 03 de abril de 2022, em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Guidance%20for%20financial%20institutions%20in%20detecting%20terrorist%20financing.pdf>.

²⁴ O artigo 18.º, n.º 1, alínea b), da Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo das Nações Unidas, dispõe quanto à “*adoção de regulamentação que imponha às instituições financeiras a obrigação de declarar prontamente às autoridades competentes todas as operações complexas, de dimensão não habitual, e todos os tipos não habituais de transações que não apresentem uma manifesta finalidade*”.

O regime da prevenção do branqueamento de capitais conheceu novo impulso no ano de 2003 com a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção²⁵, cujo instrumento impôs aos Estados a criação de um amplo regimento interno de regulamentação e supervisão dos bancos e das instituições financeiras não-bancárias em matéria de combate ao branqueamento de capitais²⁶.

Ainda naquele ano o FAFT-GAFI reviu e ampliou as Quarenta Recomendações que passaram a incidir sobre a prevenção do branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo e realçaram a importância de as instituições financeiras implementarem “*anti money laundering programs*” dotados de “*appropriate compliance management arrangements*”, “*employee training programme*”, “*independent audit function*”, bem como de procederem à nomeação de “*compliance officer at the management level*” (Recomendação 15).

A 26 de outubro de 2005 foram adotados dois novos instrumentos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais. O Regulamento (CE) n.º 1889/2005, do Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, relativo ao controlo de somas em dinheiro líquido que entram e saíam da Comunidade e a Diretiva n.º 2005/60/CE²⁷, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, instituindo, entre outros, o conceito de pessoa politicamente exposta (*politically exposed person*) e a previsão de políticas e procedimentos adequados em matéria de controlo interno, de gestão do risco, conformidade e da comunicação de operações suspeitas por parte das entidades obrigadas.

O Regulamento 1781/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de novembro, definiu regras quanto à informação a constar nas transferências de fundos e a Diretiva n.º 2009/110/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao acesso à atividade das instituições de moeda eletrónica, ao seu exercício e à sua supervisão prudencial sujeitou as instituições de moeda eletrónica ao regime da prevenção do branqueamento.

económica ou um fim lícito evidente, sem receio da responsabilidade penal ou civil que advenha da violação das obrigações de confidencialidade, se as declarações forem feitas de boa-fé;”

²⁵ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, de 31/09; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007. Foi publicada no Diário da República n.º 183, de 31/09/2007 (Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007).

²⁶ Cf. artigo 14.º, da Convenção das Nações Unidas.

²⁷ A Diretiva 2006/70/CE, da Comissão das Comunidades Europeias, de 1 de agosto, estabelece medidas de execução da Diretiva 2005/60/CE, no que diz respeito à definição de pessoa politicamente exposta e aos critérios técnicos para os procedimentos simplificados de vigilância da clientela e para efeitos de isenção com base numa atividade financeira desenvolvida de forma ocasional ou muito limitada.

Posteriormente, o Regulamento 2015/847, de 20 de maio de 2015, veio estabelecer novas regras tendo em vista alcançar maior uniformidade na execução dos padrões internacionais de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e da proliferação, que haviam sido definidos pelo FAFT-GAFI no ano de 2012.

Na mesma ocasião, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram a Diretiva 2015/849²⁸, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, introduzindo alterações ao nível do âmbito de aplicação subjetivo (com a inclusão de novas entidades), a criação de um processo de avaliação de risco tridimensional determinado em razão da competência e o reforço das medidas de identificação de beneficiários efetivos e do quadro de cooperação institucional.

Com o firme propósito de reforçar a proteção do sistema financeiro surgiram dois novos instrumentos no ano de 2018. A Diretiva (UE) 2018/843, de 9 de julho, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, também conhecida como “5.ª Diretiva AML” que veio prever um agravamento da moldura penal do branqueamento de capitais, a eventual responsabilização de entidades jurídicas e o reforço da cooperação judiciária e policial transfronteiriça. Com a Diretiva (UE) 2018/1673, de 23 de outubro, Parlamento Europeu e do Conselho, impôs-se a adoção de medidas de modo a harmonizar a criminalização do branqueamento de capitais e a criação de um regime sancionatório coerente e consistente com a dimensão transfronteiriça, levando em consideração os (novos) riscos que em matéria de branqueamento de capitais e financiamento de atividades ilícitas advêm com a utilização de moedas virtuais.

2. O branqueamento de capitais na ordem jurídica interna

Sob a epígrafe “Branqueamento”, o artigo 368.º-A, do Código Penal, concretiza a consagração no ordenamento jurídico interno do princípio da privação²⁹ dos criminosos do produto das suas atividades afirmado na Convenção da

²⁸ Alterou o Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho e revogou a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 2006/70/CE da Comissão.

²⁹ O branqueamento de capitais é o processo pelo qual os autores de atividades criminosas encobrem a proveniência dos bens e rendimentos (vantagens) obtidos ilicitamente, transformando a liquidez decorrente dessas atividades em capitais reutilizáveis legalmente, por dissimulação da origem ou do verdadeiro proprietário dos fundos. Portal do Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo. Acedida em 03 de abril de 2022, em: <http://www.portalbcf.pt/pt-pt/content/branqueamento-de-capitais>.

Nações Unidas de 1988. Em termos sucintos, podemos descrever o branqueamento como a “atividade pela qual se procura dissimular a origem criminosa de bens ou produtos, procurando dar-lhes uma aparência legal”³⁰. O objeto do branqueamento de capitais são, pois, as vantagens ou os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, do facto ilícito e típico prévio (*predicated offence*), definido por recurso a um critério misto, conjugando um catálogo de crimes, uma cláusula geral reportada à gravidade da infração principal, valorada pela pena aplicável e ainda uma remissão para um elenco de infrações constante em lei avulsa³¹.

O branqueamento constitui uma criminalidade derivada ou de segundo grau, no sentido de que tem como pressuposto a verificação de um facto ilícito típico subjacente, mesmo que não culposos e puníveis, de onde resultam as vantagens (condição objetiva de punibilidade)³², i.e., que pressupõe uma ilicitude prévia, mas que “não depende de condenação pelo crime anterior, nem sequer da sua perseguição criminal no país de origem das produzidas vantagens, bens ou direitos, porque assim resulta o princípio da autonomia do crime de branqueamento de capitais previsto no artigo 368.º A do Código Penal”³³, conquanto se traduz num crime autónomo em relação ao crime subjacente, e comum – que pode ser praticado por qualquer pessoa, porquanto não exigir especiais qualidades ao agente.

Trata-se de um crime de perigo na medida em que pode nem ocorrer a lesão efetiva do bem jurídico protegido, assim refere Vitalino Canas, para quem o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora não se limita à proteção da administração ou realização da justiça, mas sim a uma pluralidade de interesses visados³⁴. Diferentemente, Paulo Pinto de Albuquerque entende que a incriminação visa a realização da justiça, na vertente da prossecução e confisco dos proventos da atividade criminosa³⁵.

A criminalização do branqueamento de capitais no ordenamento jurídico interno teve lugar por intermédio do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, que operou a transposição de objetivos e regras estabelecidos na Convenção das

³⁰ NUNO BRANDÃO, *cit.*, p.15.

³¹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2015, pp.1152-1157.

³² VITALINO CANAS – *O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de repressão*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 149,

³³ Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, proferido em 06/06/2017, no processo 208/13.9TELSB.G.L1-5

³⁴ VITALINO CANAS – *cit.*, p. 20.

³⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE – *cit.*, p. 1152.

Nações Unidas de 1988, criando um regime específico de perda de vantagens dos crimes relacionados com o tráfico de estupefacientes³⁶, concretizando a derrogação do segredo bancário como técnica especial da investigação, como expressamente afirmado na Convenção Relativa ao Branqueamento, Despistagem, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime³⁷.

Ainda nesse ano o Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de setembro³⁸ estabeleceu um conjunto de deveres especiais em matéria de prevenção a observar por certos operadores do setor financeiro³⁹, cujo incumprimento fazia incorrer em responsabilidade contraordenacional.

O Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro⁴⁰ veio ampliar a incriminação do branqueamento a outras formas de criminalidade grave precedente e estendeu o âmbito de aplicação das medidas preventivas a entidades do setor não financeiro⁴¹. Seguiram-se alterações legislativas que aumentaram o catálogo de infrações primárias ao branqueamento, nomeadamente, com a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, quanto ao lenocínio, tráfico de pessoas, incluindo menores, e a Lei n.º 10/2002 de 11 de fevereiro, relativamente a tráfico de produtos nucleares, o tráfico de órgãos ou tecidos humanos, a pornografia envolvendo menores, o tráfico de espécies, a fraude fiscal e os crimes sancionados com pena de prisão cujo limite máximo fosse superior a 5 anos. Este diploma distendeu (ainda mais) o âmbito subjetivo das entidades obrigadas⁴².

³⁶ O artigo 23.º, com a epígrafe “*conversão, transferência e dissimulação de bens ou produtos*”, a apreensão e perda de proventos provenientes do tráfico de estupefacientes.

³⁷ Convenção n.º 141 do Conselho da Europa relativa ao branqueamento, deteção, apreensão e perda dos produtos do crime foi adotada pelo Comité dos Ministros do Conselho da Europa em setembro de 1990.

³⁸ Transpôs a Diretiva n.º 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais.

³⁹ As medidas tinham como destinatários instituições de crédito, sociedades financeiras, empresas seguradoras, na medida em que exercessem atividades no âmbito do ramo «Vida», e sociedades gestoras de fundos de pensões, que tivessem sede no território português. Eram igualmente abrangidas as sucursais e agências gerais, situadas em território português, daquelas entidades que tivessem sede no estrangeiro e as sucursais financeiras exteriores. O diploma aplicava-se ainda às entidades que explorassem o serviço público de correios, na medida em que prestassem serviços financeiros.

⁴⁰ Estabeleceu medidas de natureza preventiva e repressiva contra o branqueamento de capitais e outros bens provenientes dos crimes.

⁴¹ O diploma veio incluir no leque de entidades obrigadas, os casinos, entidades com atividades no setor da mediação imobiliária, da compra e revenda de imóveis, à comercialização de bilhetes ou títulos ao portador e de bens de elevado valor unitário, cf. artigos 4.º a 8.º do referido Decreto-Lei n.º 325/95.

⁴² Foi aditado o artigos 8.º A, “técnicos de contas, auditores externos e transportadores de fundos”, e o artigo 8.º B, sob a epígrafe “outras entidades”, que passou a incluir notários, conservadores de registos, ou quaisquer outras entidades que intervissem na compra e venda de bens imóveis ou de entidades comerciais, operações relativas a fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes

Espelho do alargamento dos deveres preventivos no setor bancário é a Carta Circular n.º 17/99/DSB, de 16 de julho, do Banco de Portugal, que impôs o cumprimento dos deveres impostos em matéria de prevenção de branqueamento de capitais às operações suspeitas mesmo que subjacentes a infrações de natureza fiscal.

A Lei n.º 11/2004, de 27 de março⁴³ aditou o branqueamento de capitais ao Código Penal fazendo-o constar do artigo 368.º-A, sob a epígrafe “Branqueamento”, estabelecendo novos deveres preventivos que foram objeto de maior desenvolvimento na Lei n.º 25/2008, de 5 de junho⁴⁴ e unificando os regimes da prevenção e repressão do branqueamento e do financiamento do terrorismo. Note-se que em matéria de dever de controlo, o artigo 21.º veio impor às entidades sujeitas a definição e aplicação de políticas e procedimentos internos adequados e eficazes ao cumprimento dos deveres em matéria de controlo interno, avaliação e gestão de risco e de auditoria interna, na prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo. Posteriormente, com o Aviso n.º 5/2013, de 18 de dezembro, o Banco de Portugal regulamentou as condições, mecanismos e procedimentos necessários ao efetivo cumprimento dos deveres preventivos do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo que haviam sido previstos no Capítulo II da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, no âmbito da prestação de serviços financeiros sujeitos à supervisão do Banco de Portugal.

Em agosto de 2017 surgiu um novo pacote legislativo *Anti Money Laundering* constituído por quatro diplomas. A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto⁴⁵ que estabeleceu medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, e que, entretanto foi objeto de regulamentação pelo Banco de Portugal, através do Aviso n.º 2/2018, de 26 de setembro; a Lei n.º

a clientes, abertura ou gestão de contas bancárias de poupança ou de valores mobiliários, de criação, exploração ou gestão de empresas, fundos fiduciários ou estruturas análogas e de execução de quaisquer operações financeiras.

⁴³ Transpôs para o direito interno português, a Diretiva n.º 2001/97/CE, de 4 de dezembro, que veio estabelecer um regime essencialmente preventivo e repressivo do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita.

⁴⁴ Transpôs para a ordem jurídica interna as Diretivas n.ºs 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.

⁴⁵ Transpôs parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho.

89/2017, de 21 de agosto que aprovou o Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efetivo (RCBE)⁴⁶; a Lei n.º 92/2017, de 22 de agosto que veio obrigar à utilização de meio de pagamento específico em transações que envolvessem montantes iguais ou superiores a 3.000 EUR⁴⁷ e a Lei n.º 97/2017, de 23 de Agosto⁴⁸ que em matéria de aplicação e execução de medidas restritivas aprovadas pela ONU e a UE veio determinar no seu artigo 27.º, n.º 1, incumbir às “entidades com competências legais de supervisão ou fiscalização, em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo” verificar “se as entidades sujeitas à sua supervisão ou fiscalização adotam os meios e mecanismos adequados para cumprir as medidas restriti-

⁴⁶ A transposição para a ordem jurídica interna do capítulo III da Diretiva (UE) n.º 2015/849, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, implicou, nos termos do artigo 1.º, n.º 2 da Lei n.º 89/2017, de 21 de Agosto, alterações ao:

- a) Código do Registo Predial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de julho;
- b) Código do Registo Comercial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de dezembro;
- c) Decreto-Lei n.º 352-A/88, de 3 de outubro, que disciplina a constituição e o funcionamento de sociedades ou sucursais de trust off-shore na Zona Franca da Madeira;
- d) Decreto-Lei n.º 149/94, de 25 de maio, que regulamenta o registo dos instrumentos de gestão fiduciária (trust);
- e) Código do Notariado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de agosto;
- f) Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 129/98, de 13 de maio;
- g) Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 322-A/2001, de 14 de dezembro;
- h) Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de janeiro, que cria a Informação Empresarial Simplificada;
- i) Decreto-Lei n.º 117/2011, de 15 de dezembro, que aprova a Lei Orgânica do Ministério das Finanças;
- j) Decreto-Lei n.º 118/2011, de 15 de dezembro, que aprova a orgânica da Autoridade Tributária e Aduaneira;
- k) Decreto-Lei n.º 123/2011, de 29 de dezembro, que aprova a Lei Orgânica do Ministério da Justiça;
- l) Decreto-Lei n.º 148/2012, de 12 de julho, que aprova a orgânica do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P.;
- m) Decreto-Lei n.º 14/2013, de 28 de janeiro, que procede à sistematização e harmonização da legislação referente ao Número de Identificação Fiscal.
- n) Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro.

⁴⁷ Alterando a Lei Geral Tributária e o Regime Geral das Infrações Tributárias, aditando o art.º 63.º-E (proibição de pagamento em numerário), cominando a violação com a aplicação de coima entre 180 EUR e 4.500 EUR, nos termos do artigo 129.º RGIT.

⁴⁸ Passou a regular a aplicação e a execução de medidas restritivas aprovadas pela Organização das Nações Unidas ou pela União Europeia e estabelece o regime sancionatório aplicável à violação destas medidas.

vas aprovadas pela Organização das Nações Unidas ou pela União Europeia, incluindo as especificidades e os deveres previstos na presente lei.”

Como referido, o Aviso n.º 2/2018, de 26 de setembro do Banco de Portugal regulamentou as condições de exercício, procedimentos, instrumentos, mecanismos, formalidades de aplicação, obrigações de prestação de informação e os demais aspetos necessários a assegurar o cumprimento dos deveres preventivos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, bem como os meios e os mecanismos necessários ao cumprimento dos referidos deveres, acolhidos pela Lei n.º 97/2017, e as medidas que os prestadores de serviços de pagamento deviam adotar para detetar transferências de fundos em que as informações sobre o ordenante ou o beneficiário fossem omissas ou incompletas.

Como adiante veremos, em matéria do dever de controlo o artigo 16.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto veio prever a designação de um órgão de administração responsável pelas políticas, procedimentos e controlos, em matérias de prevenção do branqueamento de capitais e de um responsável pelo cumprimento do normativo, a quem incumbe zelar pela aplicação efetiva das políticas e dos procedimentos e controlos adequados à gestão eficaz dos riscos de branqueamento de capitais e pelo controlo do cumprimento do quadro normativo nesta matéria, cuja falta passou a ser sancionada pela Lei n.º 58/2020, de 31 de Agosto⁴⁹, como contraordenação especialmente grave, nos termos do artigo 169.º-A, alínea g), do referido diploma.

II. Controlo interno e *compliance* na atividade bancária

1. Sistema de controlo interno

A importância da existência de procedimentos de controlo interno adequados nas instituições de crédito foi enfatizada pela Diretiva 89/646/CEE (Segunda Diretiva do Conselho), de 15 de dezembro de 1989 que dispôs sobre o acesso e exercício da atividade pelas instituições de crédito. Importava verificar, como de resto resulta de modo expreso dos considerandos daquele instrumento, se a atividade de uma instituição no seu território era conforme às

⁴⁹ Transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2018, que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e a Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal, alterando diversas leis

leis e aos princípios da boa organização administrativa e contabilística e de um adequado controlo interno, tanto mais que, como de resto é assinalado por Viúdez Carmona⁵⁰, em publicação que remonta à década de 80 do século passado, a propósito dos serviços da banca espanhola, os mecanismos de controlo interno consistiam, basicamente na conservação de registos detalhados sobre as transações realizadas.

Em matéria de prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de realização de operações de branqueamento de capitais conexas com o tráfico de estupefacientes o Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de setembro, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 91/308/CEE, veio impor às instituições de crédito a criação de procedimentos de controlo interno e um sistema obrigatório para comunicação de transações suspeitas.

Com a Instrução n.º 72/96, de 17 de junho, o Banco de Portugal definiu a “prevenção do envolvimento da instituição em operações relacionadas com branqueamento de capitais” como um dos objetivos fundamentais a prosseguir pelo sistema de controlo interno a implementar pelas instituições de crédito e sociedades financeiras, em função da dimensão da própria instituição e da natureza e risco associados às atividades exercidas.

Em 1998, o Comité de Basileia enunciou os princípios do sistema de controlo interno nas instituições de crédito através da publicação do *Framework for Internal Control Systems in Banking Organisations*⁵¹ considerando-o como um processo crítico na organização bancária que tinha como principais objetivos:

- i A eficácia e eficiência na utilização de ativos e recursos (objetivos de desempenho);
- ii Confiança, completude e relevância da informação financeira na tomada de decisões dentro da organização bancária (objetivos de informação);
- iii Conformidade face à lei e regulamentos, a requisitos de supervisão e políticas e outros procedimentos (objetivos de *compliance*);

A adoção de um sistema de controlo interno nas instituições bancárias tornou-se obrigatória com o Decreto-Lei n.º 104/2007, de 03 de Abril⁵², que

⁵⁰ MANUEL VIÚDEZ CARMONA, “Los Controles Internos en Banca”, in *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. XIX, n. 58, 1989, p. 365. [versão eletrónica] acedida em 6 de novembro de 2018, em: <https://dialnet.unirioja.es/>

⁵¹ *Basle Committee on Banking Supervision*. [versão eletrónica], acedida em 6 de novembro de 2018, em: <https://www.bis.org/publ/bcbs40.pdf>

⁵² O diploma alterou o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGI-CSF), transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/48/CE, do Parlamento Euro-

estabeleceu requisitos relativamente à qualidade dos fundos próprios das instituições financeiras tendo em vista aumentar a sua solidez e fez do sistema de controlo interno elemento fundamental para a estabilidade das instituições financeiras, contribuindo não apenas para o cumprimento das obrigações legais mas também para a observância das políticas de gestão dos riscos inerentes às atividades desenvolvidas pelas instituições.

Mas foi através do Aviso n.º 5/2008, de 25 de junho de 2008, que o Banco de Portugal formulou a definição e os objetivos do sistema de controlo interno que caracterizou como um “conjunto das estratégias, sistemas, processos, políticas e procedimentos definidos pelo órgão de administração, bem como das ações empreendidas por este órgão e pelos restantes colaboradores da instituição, com vista a garantir:

- a) Um desempenho eficiente e rentável da atividade, no médio e longo prazos (objetivos de desempenho), que assegure a utilização eficaz dos ativos e recursos, a continuidade do negócio e a própria sobrevivência da instituição, através, nomeadamente, de uma adequada gestão e controlo dos riscos da actividade, da prudente e adequada avaliação dos activos e responsabilidades, bem como da implementação de mecanismos de proteção contra utilizações não autorizadas, intencionais ou negligentes;
- b) A existência de informação financeira e de gestão, completa, pertinente, fíável e tempestiva (objetivos de informação), que suporte as tomadas de decisão e processos de controlo, tanto a nível interno como externo;
- c) O respeito pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis (objetivos de “*compliance*”), incluindo as relativas à prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, bem como das normas e usos profissionais e deontológicos, das regras internas e estatutárias, das regras de conduta e de relacionamento com clientes, das orientações dos órgãos sociais e das recomendações do Comité de Supervisão Bancária de Basileia e do Comité das Autoridades Europeias de Supervisão Bancária (CEBS), de modo a proteger a reputação da instituição e a evitar que esta seja alvo de sanções.”

peu e do Conselho, de 14 de Junho, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício. O artigo 22.º da Diretiva n.º 2006/48/CE, estabeleceu que “*As autoridades competentes do Estado-Membro de origem devem exigir que as instituições de crédito disponham de dispositivos sólidos em matéria de governo da sociedade, incluindo uma estrutura organizativa clara, com linhas de responsabilidade bem definidas, transparentes e coerentes, processos eficazes de identificação, gestão, controlo e comunicação dos riscos a que está ou possa vir a estar exposta e mecanismos adequados de controlo interno, incluindo procedimentos administrativos e contabilísticos sólidos*”.

Concluímos, então, que o sistema de controlo interno, cuja implementação e manutenção cabia ao órgão de administração⁵³, passou a ser constituído, no mínimo por três funções – de gestão de risco, de *compliance* e de auditoria interna⁵⁴, sem prejuízo de poder ser complementado por meios específicos, independentes e autónomos adequados de receção, tratamento e arquivo das participações de irregularidades graves⁵⁵.

Mas o sistema de controlo interno não constitui um produto acabado, antes deve ser objeto de acompanhamento, avaliação e revisão da adequação e eficácia das políticas e dos procedimentos que o constituem, tal como resulta da Lei n.º 83/2017 e do Aviso n.º 2/2018, do Banco de Portugal que impõem a sua revisão através de avaliações periódicas e independentes, a realizar em intervalos não superiores a 12 meses, ou até ao máximo de 24 meses, quando a natureza, dimensão e complexidade da atividade prosseguida pela entidade financeira o justifique e a realidade operativa específica ou a área de negócio em causa apresente uma menor exposição a risco, e ainda, proceder à revisão do modelo eficaz de gestão de risco, das práticas adequadas à identificação, avaliação e mitigação dos riscos de branqueamento de capitais.

Reconhecendo a especial relevância que a regulação da conduta e da cultura organizacional e de governo e controlo interno opera nas entidades financeiras, o Banco de Portugal publicou o Aviso n.º 3/2020 operando profunda revisão da regulamentação que, em matéria de sistemas de controlo interno constava do mencionado Aviso n.º 5, com inclusão dos mais recentes desenvolvimentos ao nível da legislação europeia e portuguesa sobre estas matérias, das orientações da Autoridade Bancária Europeia, das melhores práticas internacionais e experiência prática de supervisão acumuladas pelo Banco de Portugal, promovendo uma visão integrada e holística das diversas matérias como forma de garantir a certeza e segurança jurídica.

De entre as diversas alterações salienta-se o papel dos órgãos de administração e de fiscalização na promoção de uma cultura organizacional⁵⁶ assente em elevados padrões de exigência ética que, cumulativamente.

⁵³ A este respeito ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA refere que o *compliance* e o controlo interno integram-se no âmbito dos deveres de organização, supervisão e controlo dos administradores, in *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2018, p. 302.

⁵⁴ Sobre os objetivos que caracterizam as diversas funções *vide* DIOGO PEREIRA DUARTE/FRANCISCO PASSARADAS, “Gestão de risco, *compliance* e auditoria interna”, in *Estudos de Direito Bancário I*, Almedina, 2018, pp. 200-201.

⁵⁵ Cf. JOÃO PEDRO CASTRO MENDES em “Estabilidade Financeira, Princípio da Proporcionalidade e Supervisão Microprudencial”, in *Estudos de Direito bancário I*, Almedina, 2018, pp. 61-62.

⁵⁶ Cf. artigo 2.º, com a epígrafe “Cultura organizacional”, do Aviso n.º 3/2020.

- a) Promova uma cultura de risco integrada que abranja todas as áreas de atividade da instituição e que assegure a identificação, avaliação, acompanhamento e controlo dos riscos a que a instituição está ou pode vir a estar exposta;
- b) Promova uma conduta profissional responsável e prudente, a observar por todos os colaboradores e membros dos órgãos de administração e de fiscalização no desempenho das respetivas funções, pautada por elevados padrões de exigência ética consagrados num código de conduta próprio da instituição;
- c) Contribua para reforçar os níveis de confiança e reputação da instituição, quer a nível interno, quer nas relações estabelecidas com clientes, investidores, autoridades de supervisão e outros terceiros.

Verificamos que o papel do órgão de administração da instituição sai de sobremaneira reforçado, incumbindo-lhe estabelecer e manter um sistema de controlo interno que abranja toda a instituição⁵⁷, traduzido “num conjunto de estratégias, políticas, processos, sistemas e procedimentos com o objetivo de garantir a sustentabilidade da instituição no médio e longo prazo e o exercício prudente da sua atividade”⁵⁸, mas também de assegurar a promoção de “um ambiente de controlo que valoriza o controlo interno como um elemento essencial para a resiliência e o bom desempenho no longo prazo da instituição”⁵⁹ e aprovar “após parecer prévio do órgão de fiscalização, o código de conduta e as políticas e normativos internos que o desenvolvem e concretizam, definindo, entre outros aspetos, as responsabilidades das funções de controlo interno, os procedimentos de verificação regular do seu cumprimento, as

⁵⁷ Cf. artigo 12.º, n.º 2, do Aviso n.º 3/2020.

⁵⁸ Cf. artigo 12.º, n.º 1, do Aviso n.º 3/2020 – nomeadamente, através:

- a) Do cumprimento dos objetivos estabelecidos no planeamento estratégico, com base na realização eficiente das operações, na utilização eficiente dos recursos da instituição e na salvaguarda dos seus ativos;
- b) Da adequada identificação, avaliação, acompanhamento e controlo dos riscos a que a instituição está ou pode vir a estar exposta;
- c) Da existência de informação financeira e não financeira completa, pertinente, fiável e tempestiva;
- d) Da adoção de procedimentos contabilísticos sólidos;
- e) Do cumprimento da legislação, da regulamentação e das orientações aplicáveis à atividade da instituição, emitidas pelas autoridades competentes, do cumprimento dos normativos internos da própria instituição, bem como das normas e usos profissionais e deontológicos e das regras de conduta e de relacionamento com clientes.

⁵⁹ Cf. artigo 3.º, n.º 1, alínea d), do Aviso n.º 3/2020.

medidas de prevenção, identificação, gestão e mitigação de conflitos de interesses e os deveres de reporte associados”⁶⁰.

Além do mais, o sistema de controlo interno passou a ser “definido tendo em consideração o princípio da proporcionalidade e o grau de centralização de autoridade e de delegação estabelecido na instituição”⁶¹, sendo constituído por “funções de controlo interno permanentes e efetivas, com estatuto, autoridade e independência na estrutura organizacional”⁶², alocado a “unidades de estrutura organicamente segregadas das atividades que monitorizam e controlam” de modo autónomo e independente entre si”⁶³, salvo quando a instituição “não se encontre habilitada a receber depósitos, e na medida em que adote os mecanismos necessários para prevenir ou mitigar o risco de situações de conflitos de interesses”, nos termos das alíneas a) e b), do artigo 16, do Aviso n.º 3/2020.

Recentemente o Banco de Portugal colocou em consulta pública⁶⁴ projeto de aviso em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, com o qual pretende revogar o Aviso n.º 2/2018, de 26 de setembro e a Instrução n.º 2/2021, de 26 de fevereiro, e condensar num único diploma regulamentar as regras substantivas aplicáveis sobre esta matéria, almejando uma maior simplicidade, clareza e flexibilidade às previsões normativas, mesmo que a médio prazo, se preveja a aprovação de um novo quadro legal europeu sobre esta matéria⁶⁵.

De entre as propostas salienta-se a previsão constante do artigo 3.º, com a epígrafe “Função de controlo do cumprimento normativo” ao estabelecer que as entidades financeiras asseguram a existência de uma função de controlo e cumprimento do quadro normativo em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, nomeadamente:

- a) A definição e aplicação efetiva das políticas e os procedimentos e controlos adequados à gestão eficaz dos riscos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo a que a entidade financeira esteja ou venha a estar exposta;

⁶⁰ Cf. artigo 4.º, n.º 3, do Aviso n.º 3/2020.

⁶¹ Cf. artigo 13.º, n.º 1, do Aviso n.º 3/2020.

⁶² Cf. artigo 13.º, n.º 2, alínea a), do Aviso n.º 3/2020.

⁶³ Cf. artigo 15.º, n.º 1 e 2, do Aviso n.º 3/2020.

⁶⁴ O projeto de aviso esteve em consulta pública até ao passado dia 10 de março de 2022.

⁶⁵ Entre outros, o aviso regulamenta o registo, o reporte e a periodicidade da informação a prestar pelos notários, solicitadores e advogados, para efeitos da Lei n.º 78/2021, de 24 de novembro, que estabelece o regime de prevenção e combate à atividade financeira não autorizada e proteção dos consumidores.

- b) O cumprimento, pela entidade financeira, das normas legais e regulamentares em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.

Um segundo aspeto a realçar resulta da conjugação dos artigos 73.º, n.º 1 com as alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que sujeita as instituições de pagamento e as instituições de moeda eletrónica com sede noutro Estado-Membro da União Europeia, quando operam em território através de agentes ou distribuidores às disposições do referido diploma, a designar “um membro do órgão de administração responsável pelo cumprimento do quadro normativo vigente em Portugal em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo” e “um responsável pelo cumprimento normativo”⁶⁶.

Por fim, o reforço da importância da Unidade de Informação Financeira como fonte de informação idónea e credível para a identificação, avaliação e mitigação dos riscos concretos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, nos termos do artigo 6.º, do Aviso n.º 2/2018, mas também na definição e aplicação das políticas e procedimentos do sistema de controlo interno das entidades obrigadas, nos termos conjugados do artigo 8.º do Aviso/Consulta Pública n.º 1/2022, com o artigo 12.º da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, contribuindo para uma gestão adequada de riscos da atividade prosseguida pelas instituições e a promoção de uma cultura organizacional de bom cumprimento baseada em valores éticos fortes.

2. Compliance e a prevenção do branqueamento

A recessão económica que se abateu sobre o mundo ocidental na década de 70, do século passado colocou em crise o intervencionismo estatal abrindo portas à implementação de políticas económicas fundadas na ideologia neoliberal que se traduziu na busca por uma regulação mais flexível, simplificada e moderna. É certo que a globalização e os constantes avanços tecnológicos contribuíram para melhorar o desenvolvimento da atividade económica, mas fizeram surgir novos riscos⁶⁷ e colocaram a descoberto fragilidades e falhas nos

⁶⁶ Cf. artigo 73.º, n.º 2, alíneas a) e b), do Aviso do Banco de Portugal submetido a consulta pública.

⁶⁷ Neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES *in* O Direito Penal Europeu Emergente, Coimbra Editora, 2008, p.171.

sistemas de organização e governo empresarial⁶⁸ que motivaram a adoção de procedimentos e mecanismos alicerçados em princípios morais e éticos alinhados às melhores práticas, como forma de facilitar a implementação de uma cultura empresarial de bom cumprimento e respeito à legalidade.

Como refere Anabela Miranda Rodrigues⁶⁹ surgiu um novo modelo de autorregulação (regulada) consubstanciado em orientações de *corporate governance* e *compliance*, uma nova forma de intervencionismo público em que o Estado assumia uma posição de controlo mais sofisticada. Um novo modo de regulação empresarial que havia perdido a sua índole estritamente privada, transformando-se numa realidade condicionada externamente pelos poderes públicos e através da qual o Estado havia passado a definir estruturas e a estabelecer os processos indispensáveis ao seu desenvolvimento e à prossecução de determinados fins ou interesses públicos⁷⁰.

O *compliance*⁷¹ surge assim como um instrumento de supervisão empresarial, que visa garantir o cumprimento do direito vigente pelas empresas e seus órgãos e, em última análise, assegurar a integridade da instituição e a preservação do seu património.

Tendo por base os princípios afirmados pelo Comité de Basileia, em *Compliance and the Compliance Function in Banks*, o Banco de Portugal publicou o Aviso n.º 5/2008, de 25 de junho, caracterizando a função de *compliance*⁷² como independente, permanente e efetiva, cuja instituição incumbia ao órgão de

⁶⁸ A propósito da responsabilização das pessoas coletivas, João Castro e Sousa refere que a própria constituição e funcionamento dos entes coletivos facilita o aparecimento de certas atividades e operações ilícitas in: *As Pessoas Coletivas, em face do direito criminal e do chamado «direito de mera ordenação social»*, Biblioteca Jurídica Coimbra Editora, 1985, p.86.

⁶⁹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES em “A Autorregulação regulada. Corporate Governance e Compliance”, in: *Direito Penal Económico, Uma Política Criminal na Era Compliance*, Almedina, 2019, p.45.

⁷⁰ Cf. OGUS, A., “Self-regulation”, in B. Bouckaert y G. De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, p. 588, cit. ARROYO JIMÉNEZ, LUIS, “Introducción a la Autorregulación”, *Autorregulación y Sanciones*, editorial Lex Nova, 2008, p. 24., disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4632380>.

⁷¹ *International Compliance Association* define o *compliance* como “a capacidade para agir de acordo com uma ordem, um conjunto de regras ou a pedido”, cf. <https://www.int-comp.org/careers/your-career-in-compliance/what-is-compliance/>. João Labareda entende que o termo é amplo e que a alternativa adequada reside na utilização da palavra “cumprimento”, in: *Contributo para o Estudo do Sistema de Controlo e da Função de Cumprimento («Compliance»)*, Estudos Instituto dos Valores Mobiliários, p. 7. [Versão Eletrónica] acedida em 10 de outubro de 2019, em: <https://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1394634232compliance-jl-2013.pdf>

⁷² Introduzida na ordem jurídica interno português pela Diretiva 2004/39/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004. Cf. DIOGO PEREIRA DUARTE/FRANCISCO PASSARADAS, *cit.*, pp. 207-208.

administração⁷³ através de um processo formal e a responsabilidade de dotá-la de recursos materiais e humanos adequados ao desempenho eficaz da “prevenção, seguimento e mitigação do correspondente risco, traduzido na possibilidade de afetação da situação patrimonial das entidades empresariais, na decorrência de ações ou omissões violadoras de normativos aplicáveis e materializada”⁷⁴.

Em matéria da prevenção do branqueamento de capitais a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto atribui ênfase especial à implementação de políticas e procedimentos de controlo atento o potencial risco lesivo de bens jurídicos-penais que tais atividades representam. Tais medidas traduzem-se, assim refere Anabela Miranda Rodrigues, na criação de programas de cumprimento ou *compliance*⁷⁵ dirigidas a própria instituição e às pessoas que integram a sua organização, sujeitando-as a uma atuação *compliance* à normatividade e a um permanente controlo e vigilância. O programa de *compliance* é, pois, pensado e estruturado tendo por base o conhecimento da instituição e da sua atividade, de maneira a promover a integridade da instituição e uma cultura cumprimento, constituindo esta a primeira condição de eficácia do mesmo⁷⁶.

3. Responsável pelo cumprimento normativo e de compliance

A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto estendeu a aplicação do regime da prevenção do branqueamento de capitais a um conjunto de novas entidades (financeiras, não financeiras e equiparadas) e impôs a criação da figura do res-

⁷³ GERMANO MARQUES DA SILVA afirma incumbir à administração organizar e dirigir a atividade da sociedade, criando mecanismos de prevenção sobre o modo de atuar para evitar a prática de atos ilícitos, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, p. 267.

⁷⁴ JOÃO LABAREDA caracteriza “sistema de controlo de cumprimento” como correspondendo ao universo composto pelos modos de organização, recursos, processos e instrumentos utilizados, políticas definidas e os programas de atuação, de “função de cumprimento”, correspondente trabalho desenvolvido e à estrutura montada para atingir os objetivos definidos por aquele. *Contributo Para o Estudo do Sistema de Controlo e da Função de Cumprimento («Compliance»)*, cit., p. 8

⁷⁵ ANABELA MIRANDA RODRIGUES refere existir um espectro alargado de entidades obrigadas à criação de programas de cumprimento ou *compliance*. *Direito Penal Económico – Uma Política Criminal na Era Compliance*, Almedina, 2019, p. 129.

⁷⁶ TERESA QUINTELA DE BRITO distingue entre cumprimento normativo destinado à prevenção de crimes de outros tipos de cumprimento cuja principal finalidade não é especificamente a penal, em a “Relevância dos mecanismos de ‘Compliance’ na responsabilização penal das pessoas coletivas e dos seus dirigentes”, in: *Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 0, 2014, Almedina, p.75.

ponsável pelo cumprimento normativo⁷⁷ ao qual passou a incumbir zelar pela aplicação efetiva das políticas e dos procedimentos e controlos adequados à gestão eficaz dos riscos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo a que a entidade financeira esteja ou venha a estar exposta, de acordo com o artigo 2.º, n.º 1, alínea j), do Aviso n.º 2/2018, do Banco de Portugal.

Ainda que próxima da figura do responsável pela função de *compliance*, que havia sido instituída pelo Aviso n.º 5/2008, do Banco de Portugal, verifica-se que o responsável pelo cumprimento é designado de entre os elementos que integram a direção de topo ou equiparado e tem competências exclusivas mais abrangentes, cf. resulta do n.º 2, do artigo 16.º, da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

Incumbe-lhe, designadamente:

- a) Participar na definição e emitir parecer prévio sobre as políticas e os procedimentos e controlos destinados a prevenir o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo;
- b) Acompanhar, em permanência, a adequação, a suficiência e a atualidade das políticas e dos procedimentos e controlos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, propondo as necessárias atualizações;
- c) Participar na definição, acompanhamento e avaliação da política de formação interna da entidade obrigada;
- d) Assegurar a centralização de toda a informação relevante que provenha das diversas áreas de negócio da entidade obrigada;
- e) Desempenhar o papel de interlocutor das autoridades judiciais, policiais e de supervisão e fiscalização, designadamente dando cumprimento ao dever de comunicação previsto no artigo 43.º e assegurando o exercício das demais obrigações de comunicação e de colaboração.

Ao responsável pelo cumprimento do quadro normativo compete ainda emitir parecer favorável relativamente às ações formativas, de natureza interna ou externa, em matéria de prevenção de branqueamento de capitais (cf. artigo 55.º) e observar o dever de conservação dos documentos e análises recolhidos ou elaborados no âmbito do cumprimento do presente Aviso (cf. artigos 4.º e 51.º da referida Lei).

⁷⁷ A este respeito, TIAGO PONCES DE CARVALHO sobre a institucionalização de uma “verdadeira função de compliance” para o setor não financeiro, “Dever de Diligência e receção do “compliance” na nova lei de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo”, in *Vida Judiciária*, janeiro/fevereiro | 2018, p. 36.

Ainda que distintas, o Aviso n.º 2/2018, do Banco de Portugal, admite a cumulação das funções de *compliance* com as de controlo do quadro normativo sempre que se verifiquem cumulativamente os requisitos previstos no n.º 5, do artigo 7.º, e desde que o responsável pelo cumprimento normativo não se encontre sujeito a potenciais conflitos decorrentes da atribuição de pelouros conflitantes com a função de controlo do cumprimento do quadro normativo ou com a função de *compliance*.

A aproximação entre as duas figuras fica tanto mais expressa se considerarmos que ambos são titulares de funções essenciais, e, como tal, submetidos ao regime de adequação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito, nos termos do artigo 30.ºA, do RGICSF⁷⁸, cuja avaliação e verificação dos requisitos de idoneidade, qualificação profissional e disponibilidade incumbe às instituições de crédito e deve ser documentada em relatório próprio, sem prejuízo de eventual controlo preventivo pelo Banco de Portugal, nos termos do artigo 30.º B, do RGICSF.

Neste sentido os artigos 17.º, n.ºs 1 e 2, e 18.º do Aviso n.º 3/2020, do Banco de Portugal quando referem que “os responsáveis pelas funções de controlo interno pertencem à direção de topo da instituição, não desempenham outras funções na instituição e exercem as suas funções de forma independente” e que “não podem ser, no exercício das suas funções, subordinados ao membro executivo do órgão de administração que seja responsável pela gestão das atividades que cada função de controlo interno monitoriza e controla”⁷⁹, reconhecendo depois no artigo 18.º, n.º 1, do mesmo Aviso n.º 3/2020, que a “adequação dos responsáveis pela função de gestão de riscos, de conformidade e de auditoria interna é objeto de autorização para o exercício de funções pela autoridade de supervisão competente“, i.e., que estamos perante titulares de funções essenciais e, como tal, sujeitos ao regime de adequação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito nos termos já indicados.

4. Programas de compliance e responsabilidade penal

Recentemente, a Comissão Europeia publicou relatório em que dando conta do alegado envolvimento de diversas instituições de crédito da União

⁷⁸ O Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, que transpôs a Diretiva n.º 2013/36/UE veio reconhecer a existência de cargos nas instituições de crédito, cujos titulares, apesar de não integrarem os órgãos de administração ou fiscalização, exerciam funções que lhes conferiam influência significativa na gestão da instituição de crédito.

⁷⁹ Cf. artigo 17.º, do Aviso n.º 3/2020.

Europeia em casos de branqueamento de capitais ocorridos entre os anos e 2010 e 2018. O relatório *post mortem*⁸⁰, como ficou conhecido, aponta um conjunto de falhas nos processos de implementação de sistemas de prevenção do branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, de entre as quais, as resultantes de uma organização interna deficitária, da prossecução e priorização de modelos de negócio de risco elevado, da inexistência e/ou ineficácia de sistemas e mecanismos de *compliance* em matéria de branqueamento de capitais e, nalguns casos, a inobservância do dever de comunicação de operações suspeitas às Unidades de Informação Financeira.

Estas falhas levam-nos a questionar a importância dos mecanismos de controlo e *compliance* na exclusão da responsabilidade criminal das instituições de crédito em matéria de branqueamento de capitais, porquanto não haver dúvidas de que sobre estas⁸¹ impedem fortes deveres em matéria de prevenção do branqueamento de capitais que impõem a adoção de políticas e procedimentos de controlo interno sofisticados e proporcionais à natureza, dimensão e complexidade da atividade prosseguida, cuja violação faz incorrer a instituição em responsabilidade contraordenacional, como de resto resulta do disposto nos artigos 161.º, e 169.º-A, alínea c), conjugado com o artigo 12.º, todos da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto.

Mas além desta responsabilidade (contraordenacional) podemos interrogar-nos sobre se o incumprimento ou cumprimento defeituoso dos deveres de *compliance* pode fazer incorrer a instituição bancária em responsabilidade penal⁸² pelo crime de branqueamento nos termos do artigo 11.º do Código Penal, na redação dada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro (cuja disposição consagra o modelo de responsabilidade da pessoa coletiva por um facto e culpa próprios). Ora, tendo por preenchido o primeiro critério (visto o crime de branqueamento integrar o catálogo de crimes previsto no tipo) somos em concluir que a imputação do crime à instituição passará, necessariamente, por determinar num segundo momento se o facto foi cometido em nome ou por conta do ente e na prossecução do seu interesse social direto ou indireto, por quem nele ocupe uma posição de liderança, ou por quem tenha atuado em seu nome ou

⁸⁰ COM(2019) 373 Final – Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the assessment of recent alleged money laundering cases involving EU credit institutions, de 24/07/2019. https://ec.europa.eu/info/files/report-assessing-recent-alleged-money-laundering-cases-involving-eu-credit-institutions_en.

⁸¹ TIAGO PONCES DE CARVALHO sobre o alargamento da adoção de programas de cumprimento normativo ao setor não financeiro. “O ‘compliance officer’ e o regime da responsabilidade penal das pessoas coletivas na nova Lei de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo”, *Vida Judiciária*, setembro-outubro, 2017, p. 26.

⁸² A propósito da responsabilidade das pessoas coletivas, JOÃO CASTRO E SOUSA, *cit.*, p.86.

por sua conta e no seu interesse direto ou indireto, sob a autoridade de pessoa que ocupe uma posição de liderança em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhe incumbe, nos termos da nova redação conferida ao artigo 11.º, n.º 2, alíneas a) e b), do CP, pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, que procedeu ao alargamento da responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas, com a inclusão de outros tipos de ilícitos.

Segundo Neves da Costa⁸³ o ordenamento jurídico nacional não admite a isenção de responsabilidade da pessoa coletiva pela simples existência de um programa de *compliance*, mesmo que este não tenha sido eficaz para impedir a comissão do facto ilícito porque nenhum programa de *compliance* é capaz de eliminar por completo o risco de ocorrência de ilícitos penais. Ao invés, este autor questiona se o programa de *compliance* pode valer como “ordens ou instruções expressas de quem de direito”, nos termos da cláusula de exclusão da responsabilidade prevista no n.º 6, do artigo 11.º do Código Penal. Na resposta a esta questão seguimos de perto o entendimento de Teresa Quintela de Brito⁸⁴, que a propósito da análise ao Acórdão da Relação do Porto, de 27 de junho de 2012 refere que a exclusão da responsabilidade não depende do carácter expresso da ordem ou instrução contrária à prática do facto punível, mas da clareza, efetividade e eficácia dessa mesma ordem ou instrução, tendo em conta o concreto modo de organização, funcionamento e atuação jurídico-económica da pessoa jurídica, para daí extrair a conclusão de que a mera existência formal de um programa de *compliance* não pode ser tida como causa de exculpação da pessoa jurídica, nem a sua ausência implicar forçosamente a culpa do ente. Deste modo, a distinta professora afirma que a cultura de fidelidade ao Direito implementada e impregnada na organização, funcionamento e atuação jurídico-económica da pessoa jurídica será sempre o mais revelante e que essa cultura é independente da existência formal de um programa de *compliance*.

Do que aqui fica dito não resulta, como bem salienta Susana Aires de Sousa, a necessária irrelevância de tais programas, pois que assumindo-se o programa de *compliance* como meio de exteriorização da vontade cumpridora da instituição face ao Direito, a sua existência pode vir a ser objeto de ponderação na determinação da medida da pena, por via da ponderação e apreciação dos critérios e fatores legalmente estabelecidos no artigo 71.º do Código Penal⁸⁵.

⁸³ Cf. JOSÉ NEVES DA COSTA em “Responsabilidade penal das instituições de crédito e do ‘Chief Compliance Officer’ no crime de branqueamento”, in: *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal* (org.: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes), Almedina, 2018, p. 329.

⁸⁴ TERESA QUINTELA DE BRITO, *cit.*, p. 75-91.

⁸⁵ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Almedina, 2019, p 134.

Com efeito, neste sentido parece seguir a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro que aprova medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção⁸⁶, introduzindo um conjunto de alterações significativas ao CP e CPP, em particular, no que respeita à relevância substantiva do *compliance*, contribuindo para esclarecer se o facto foi cometido em nome e no interesse funcional e organizativo do ente coletivo, mas também para caracterizar o modelo de cultura ética e de cumprimento normativo efetivamente vigente, tanto mais que a adoção e implementação de um programa de cumprimento normativo adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie⁸⁷ passa a relevar para efeitos de suspensão de medida de coação⁸⁸ e na determinação e atenuação especial das penas a aplicar à pessoa coletiva ou do ente equiparado, podendo, inclusive ser imposto pelo tribunal⁸⁹ e, em certos casos, ver o seu cumprimento ser acompanhado e fiscalizado por representante judicial⁹⁰.

Deste modo, parece ser possível concluir que, mesmo a existir um programa de *compliance* adequado nas instituições de crédito não será possível concluir por verificada a cláusula de exclusão de responsabilidade penal, prevista no n.º 6, do artigo 11.º, do Código Penal, antes importando atender à cultura corporativa da instituição, que reflete o seu modo de organização, funcionamento e atuação, para determinar a eventual responsabilidade penal da instituição.

Conclusões

Em razão do exposto parece ser possível concluir que, apesar de construído em torno do combate ao tráfico de estupefacientes e da criminalidade organizada, o fenómeno do branqueamento de capitais tem evoluído, e fá-lo, fundamentalmente através do sistema financeiro, promovendo o despontar de

⁸⁶ Introduziu alterações relevantes a um conjunto de diplomas (Lei n.º 34/87, de 16 de julho, que determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos; Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, que estabelece medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira; Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto, que estabelece um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos suscetíveis de afetar a verdade, a lealdade e a correção da competição e do seu resultado na atividade desportiva; Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, que cria o novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no sector privado, dando cumprimento à Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de julho, ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, ao Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro ao Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro.

⁸⁷ Cf. artigo 90.º-A, n.º 4, 5 e 6 da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro.

⁸⁸ Cf. artigo 204, n.º 3 da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro.

⁸⁹ Cf. artigo 90.º-G, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro.

⁹⁰ Cf. artigo 90.º-E, n.º 1 e 2 da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro.

novos riscos para a sociedade que colocam em causa a solidez e a integridade das instituições e a confiança no próprio sistema financeiro.

Em resposta a tais ameaças a comunidade internacional tem vindo a impulsionar o desenvolvimento de um quadro normativo essencialmente de natureza preventiva, alicerçado em reconhecidos padrões internacionais que impõem exigentes deveres de *compliance* às instituições bancárias e um esforço de permanente adequação e atualização de procedimentos e mecanismos, mas cuja existência, não permite, *per se*, impedir a ocorrência de práticas delituosas, nem isentar as instituições financeiras de responsabilidade penal.

Por certo que desenvolvimentos legislativos recentes trouxeram importantes inovações ao nível da relevância substantiva dos programas de cumprimento normativo enquanto parte integrante de uma função do sistema de controlo interno que procura assegurar a resiliência e o bom desempenho de modo a garantir a sustentabilidade de (toda) a instituição e cuja adoção e implementação (adequada) constitui critério decisivo na determinação e atenuação especial das penas a aplicar a entes coletivos, podendo inclusive ser objeto de imposição e acompanhamento pelo tribunal.

No entanto, e apesar dos sucessivos esforços em matéria de prevenção do branqueamento de capitais, casos recentes colocaram a descoberto fragilidades nas instituições de crédito que fazem suscitar dúvidas quanto à eficácia das soluções adotadas e reforçam a importância da promoção e desenvolvimento de uma cultura organizacional alicerçada em valores éticos fortes de fidelidade ao Direito e de bom cumprimento, transversal a toda a instituição, como forma de prevenir (eficazmente) a ocorrência de comportamentos ilícitos, mas também de garantir a sustentabilidade das instituições e a preservação da própria estabilidade financeira, indispensáveis ao desenvolvimento económico.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a ed. atualizada, Universidade Católica Editora, 2015.
- BRANDÃO, Nuno, *Branqueamento de Capitais: O Sistema Comunitário de Prevenção*, Coimbra Editora, 2002.
- BRITO, Teresa Quintela de, “Relevância dos mecanismos de ‘Compliance’ na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, in: *Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º 0, 2014, Almedina.
- CANAS, Vitalino, *O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Repressão*, Almedina, 2004.

- CARMONA, Manuel Viúdez, “Los Controles Internos en Banca”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. XIX, n.º 58, 1989, em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/43966.pdf>.
- CARVALHO, Tiago Ponces de, “Dever de Diligência e receção do “compliance” na nova lei de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo”, in *Vida Judiciária*, janeiro/fevereiro | 2018.
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito Bancário*, 6.ª Edição, Revista e Atualizada, Almedina, 2016.
- COSTA, José Neves da, “Responsabilidade penal das instituições de crédito e do ‘Chief Compliance Officer’ no crime de branqueamento”, in: *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal* (org.: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes), Almedina, 2018.
- DUARTE, Diogo Pereira/PASSARADAS, Francisco, “Gestão de risco, compliance e auditoria interna”, in: *Estudos de Direito Bancário I* (org.: António Menezes Cordeiro, Januário Costa Gomes, Miguel Brito Bastos, Ana Alves Leal), Almedina, 2018.
- JIMENEZ, Luis Arroyo, “Introducción a la autorregulación”, in: AA.VV., *Autorregulación y sanciones (dir. Luis Arroyo Jiménez e Adán Nieto Martín) 2008*, Valladolid: Lex Nova, em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=555455>
- LABAREDA, João, *Contributo Para o Estudo do Sistema de Controlo e da Função de Cumprimento («Compliance»)*, Instituto dos Valores Mobiliários.
- MACHADO, Miguel da Câmara, *Regimes da Prevenção de Branqueamento de Capitais e Compliance Bancário*, Almedina, 2018.
- “4G na prevenção do branqueamento de capitais: problemas, paradoxos e principais deveres”, in: *Estudos de Direito Bancário I* (org.: António Menezes Cordeiro, Januário Costa Gomes, Miguel Brito Bastos, Ana Alves Leal), Almedina, 2018.
- MENDES, João Pedro Castro, “Estabilidade financeira, princípio da proporcionalidade e supervisão microprudencial”, in: *Estudos de Direito Bancário I* (org.: António Menezes Cordeiro, Januário Costa Gomes, Miguel Brito Bastos, Ana Alves Leal), Almedina, 2018.
- MENDES, Paulo de Sousa, “Law enforcement” e “compliance”, in: *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal* (org.: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes), Almedina, 2018.
- OGUS, A., “Self-regulation”, in B. Bouckaert y G. De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, p. 588, cit. ARROYO JIMÉNEZ, LUIS, in “Introducción a la Autorregulación”, *Autorregulación y Sanciones*, editorial Lex Nova, 2008, em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4632380>.
- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2018.
- PIZARRO, Sebastião Pizarro, *Manual de Compliance*, Nova Causa, 2017.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008.

- *Direito Penal Económico – Uma Política Criminal na Era Compliance*, Almedina, 2019.
- SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009.
- SIMÕES, Euclides Dâmaso, “A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, A. 16, n.º 3, julho-setembro, pp. 423-424.
- SOUSA, João Castro e, *As Pessoas Colectivas, em face do direito criminal e do chamado «direito de mera ordenação social»*, Biblioteca Jurídica Coimbra Editora, 1985.
- SOUSA, Susana Aires de, *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*, Almedina, 2019.

Jurisprudência

Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 06/06/2017, processo n.º 208/13.9
TELSB.G.L1-5

Sites

- <https://wcd.coe.int/> – Council of Europe
- <https://www.bis.org> – Bank for International Settlements (BIS)
- <https://www.bportugal.pt/> – Banco de Portugal
- <https://dialnet.unirioja.es/> – Fundación Dialnet/Universidad de La Rioja
- <https://ec.europa.eu/> – Comissão Europeia
- <http://www.fatf-gafi.org/> – Financial Action Task Force on Money Laundering
- <https://www.govinfo.gov/> – Service of the United States Government Publishing Office
- <https://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos> – Instituto dos Valores Mobiliários
- <https://www.int-comp.org/> – International Compliance Association
- <http://www.portalbft.pt> – Comissão de Coordenação das Políticas de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo
- www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/index.html – University of Toronto Library
- www.unodc.org/www.imolin.org – United Nations Office on Drugs and Crime

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de Publicação n' *O Direito*

1. A publicação de textos na revista *O Direito* depende de parecer prévio favorável da Comissão de Revisão, para verificação do cumprimento dos correspondentes critérios de publicação.

2. Os artigos a publicar n' *O Direito* devem:

- (i) Cumprir os critérios de elevada qualidade científica, incluindo rigor, clareza e fundamentação científica, fixados no Estatuto Editorial da Revista;
- (ii) Ser inéditos;
- (iii) Cumprir o limite de 90.000 caracteres (cerca de 30 páginas), incluindo espaços e notas de rodapé;
- (iv) Incluir os nomes dos autores no corpo do texto em caracteres normais e os referidos em notas de pé-de-página em versalete;
- (v) Incluir os títulos de monografias, obras coletivas e revistas em itálico e os de textos inseridos em revistas e em obras coletivas entre aspas, em caracteres normais;
- (vi) Incluir resumos em português e em inglês, com 500 caracteres cada.

3. Os textos a incluir na secção “Breves Comentários”, incluindo breves anotações de jurisprudência e resenhas devem cumprir os critérios definidos para os artigos, salvo quanto ao limite de caracteres, que é de 25.000, e à extensão dos resumos, de 150 caracteres cada.

4. Os textos devem ser submetidos em versão final. Só há umas provas antes da publicação, na qual se admitem correções de gralhas, mas não a introdução de texto novo.

