

a REVISTA



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

Edição Semestral | Jan. a Jun. 2023 | Distribuição Gratuita

03

EDITORIAL

- **HENRIQUE ARAÚJO:** A Inteligência Artificial e a Inteligência Humana

CÍVEL

- **RUI PINTO DUARTE:** O “mau uso por parte do usufrutuário”, em especial no tocante ao usufruto de participações sociais
- **J. M. COUTINHO DE ABREU:** Sobre a amortização – extinção de ações
- **RUI MANUEL MOURA RAMOS:** O *Talak* nos tribunais portugueses

SOCIAL

- **JOÃO LEAL AMADO:** As plataformas digitais e o novo artigo 12.º-A do Código do Trabalho: empreendendo ou trabalhando?

CRIMINAL

- **PAULO DE SOUSA MENDES:** Os tipos de corrupção e a sua distinção do recebimento ou oferta indevidos de vantagem
- **JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS:** Colegialidade, direcção e justiça: a composição dos colectivos nos tribunais superiores em matéria de recurso penal

CULTURAL

- **ANDREIA MARTINHO:** Digitalização, Automação e Inteligência Artificial nos Tribunais Judiciais Portugueses
- **J. N. CUNHA RODRIGUES:** Justiça e comunicação social – Novos problemas de comunicação e linguagem
- **GUILHERME D’OLIVEIRA MARTINS:** Estado de direito – noção em movimento
- **J. F. SALAZAR CASANOVA:** Alexandre Herculano: um Emérito Jurista?

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdãos de uniformização de jurisprudência (AUJ)



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

FICHA TÉCNICA

A REVISTA

N.º 03 – janeiro a junho de 2023
Publicação Semestral
(podendo editar números especiais)
Digital: www.arestiva.stj.pt

DIRETOR

Henrique Araújo
Presidente do Supremo Tribunal
de Justiça

DIRETORAS-ADJUNTAS

Gabriela Cunha Rodrigues
Sandra dos Reis Luís

CONSELHO EDITORIAL

Salazar Casanova
Júlio Gomes
Maria Olinda Garcia
Tibério Nunes da Silva
Sénio Alves

CONSELHO CIENTÍFICO

Abrantes Gerales
Helena Moniz
Fátima Gomes

EDITOR E PROPRIETÁRIO:

Supremo Tribunal de Justiça
Praça do Comércio
1149-012 Lisboa, Portugal
NIPC: 600019039
Tel: (+351) 213 218 900
Site: www.stj.pt
E-mail: arestivastj@stj.pt

EXECUÇÃO GRÁFICA:

A REVISTA impressa e
online
Zebra Caprichosa, Lda.

IMPRESSÃO:

Manuel Barbosa & Filhos, Lda.
Tiragem: 550 exemplares

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA

ISSN: 2795-5486
DL: 502 151/22
Registo: ERC 127837

*Esta publicação não adota o novo
Acordo Ortográfico, deixando-se
essa opção ao critério dos autores*

ESTATUTO EDITORIAL

A REVISTA do Supremo Tribunal de Justiça nasce da vontade do seu Presidente, Conselheiro Henrique Araújo, de dinamização científico-jurídica e cultural de uma Casa com 190 anos de história.

Abrange as áreas do direito civil, do direito do trabalho e do direito criminal e todos os métodos de investigação jurídica.

Aliando tradição e vitalidade, o mais alto Tribunal deste país pretende, assim, divulgar junto da comunidade jurídica e da sociedade em geral, investigação jurídica de qualidade, a sua jurisprudência de relevo, de forma simples e acessível a todos, designadamente os Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência.

A REVISTA do Supremo Tribunal de Justiça pretende, ainda, ser um espaço cultural aberto, através da divulgação de artigos culturais dos mais diversos quadrantes.

A REVISTA assume o objetivo de ser um espaço plural de conteúdo, língua e opinião, destinando-se a toda a comunidade científica, cultural e jurídica.

a REVISTA

ÍNDICE

EDITORIAL

- 10 A Inteligência Artificial e a Inteligência Humana
HENRIQUE ARAÚJO

CÍVEL

- 15 O “mau uso por parte do usufrutuário”, em especial no tocante ao usufruto de participações sociais
RUI PINTO DUARTE
- 35 Sobre a amortização – extinção de ações
J. M. COUTINHO DE ABREU
- 51 O *Talak* nos tribunais portugueses
RUI MANUEL MOURA RAMOS

SOCIAL

- 83 As plataformas digitais e o novo artigo 12.º-A do Código do Trabalho: empreendendo ou trabalhando?
JOÃO LEAL AMADO

CRIMINAL

- 107 Os tipos de corrupção e a sua distinção do recebimento ou oferta indevidos de vantagem
PAULO DE SOUSA MENDES
- 141 Colegialidade, direcção e justiça: a composição dos colectivos nos tribunais superiores em matéria de recurso penal
JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS

CULTURAL

- 167 Digitalização, Automação e Inteligência Artificial nos Tribunais Judiciais Portugueses
ANDREIA MARTINHO
- 179 Justiça e comunicação social
– Novos problemas de comunicação e linguagem
J. N. CUNHA RODRIGUES
- 195 Estado de direito – noção em movimento
GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS
- 203 Alexandre Herculano: um Emérito Jurista?
J. F. SALAZAR CASANOVA

JURISPRUDÊNCIA

- 237 Acórdãos de uniformização de jurisprudência (AUJ)



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

EDITORIAL

A Inteligência Artificial e a Inteligência Humana

HENRIQUE ARAÚJO

Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

A Inteligência Artificial (IA) anda nas bocas do mundo.

Os especialistas na matéria apontam grandes benefícios no seu uso, mas não deixam de alertar para o perigo de a sociedade poder vir a ser dominada por máquinas inteligentes.

Sucedem-se os apelos para que os sistemas de IA sejam desenvolvidos de forma responsável, obedecendo aos princípios éticos e respeitando os direitos fundamentais.

Na área da Justiça, a aplicação da IA tem de revestir-se de um especial cuidado.

Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos não podem ser tocados nesta corrida desenfreada pelo desenvolvimento e implementação prática da inteligência artificial, robótica e automação.

O Supremo Tribunal de Justiça tem participado ativamente nesta discussão.

No passado dia 11 de maio realizou-se no Salão Nobre do Supremo o colóquio “Tribunais e Inteligência Artificial – uma Odisseia no Século XXI”.

Aí, foram apresentados, pela investigadora Andreia Martinho, os resultados inéditos de um Estudo Empírico sobre Digitalização, Automação e Inteligência Artificial nos Tribunais Judiciais Portugueses, a partir de um inquérito dirigido a todos os juízes dos tribunais judiciais portugueses.

As respostas recolhidas nesse inquérito são agora trabalhadas, pela mesma investigadora, num interessantíssimo artigo científico que pode ser considerado o primeiro passo para enquadrar a perspetiva futura da aplicação da IA nos tribunais.

Seja qual for o futuro da IA, a Inteligência Humana (IH) é única e insubstituível.

Os vários textos que compõem este número 3 de “A REVISTA” constituem bons exemplos de como só a inteligência humana é capaz de desencadear processos de autêntica criação, raciocínio e reflexão.

A secção cível do n.º 3 de “A Revista” abre com Rui Pinto Duarte a falar sobre “O Mau Uso por parte do Usufrutuário – em especial nas participações sociais”, seguindo-se um artigo de Coutinho de Abreu sobre “A Amortização-Extinção de Ações”.

A finalizar, um texto de Moura Ramos a propósito do “Talak nos Tribunais Portugueses”.

“As Plataformas digitais e o novo artigo 12.º-A do Código do Trabalho” é o tema tratado por Leal Amado, na secção social, num momento em que mundo laboral enfrenta grandes desafios, precisamente em função das mudanças relacionadas com a tecnologia.

Na secção criminal, Paulo Sousa Mendes desbrava o complexo universo das ilicitudes ligadas ao fenómeno da corrupção, analisando os vários tipos de corrupção e identificando os elementos que os distinguem do recebimento ou oferta indevidos de vantagens.

José António Barreiros escreve sobre “Colegialidade, Direcção e Justiça: a composição dos colectivos nos Tribunais superiores em matéria de recurso penal”, matéria que, ainda recentemente, foi alvo de intervenção legislativa.

Além do estudo sobre IA a que já me referi, a secção cultural desta edição conta com três outros artigos de grande interesse.

Narciso Cunha Rodrigues guia-nos numa reflexão sobre “Justiça e Comunicação Social – Novos problemas da comunicação e linguagem” e Guilherme d’Oliveira Martins escreve sobre “Estado de Direito – Noção em movimento”. Temas que, por exigirem constante atualização, estão sempre no centro do debate.

Finalmente, Salazar Casanova investiga uma outra faceta de Alexandre Herculano, praticamente desconhecida: “Alexandre Herculano: um Emérito Jurista?”

Como habitualmente, “A Revista” encerra com informação sobre a mais recente jurisprudência uniformizada pelo Supremo.

Boa leitura!



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

CÍVEL

SOCIAL

CRIMINAL

CULTURAL

JURISPRUDÊNCIA

O “mau uso por parte do usufrutuário”, em especial no tocante ao usufruto de participações sociais

**The misuse by the usufructuary,
especially in what concerns shareholdings**

RUI PINTO DUARTE

*Professor Catedrático da Universidade Católica Portuguesa
e Advogado*

RESUMO: o presente texto tem por objeto as sanções do “mau uso por parte do usufrutuário”, em especial no tocante ao usufruto de participações sociais; entre os problemas tratados destaca-se o modo de aplicar às participações sociais o direito do proprietário da raiz a que a coisa “lhe seja entregue”.

PALAVRAS-CHAVE: usufruto; abuso; participações sociais

ABSTRACT: the object of this text are the sanctions of the misuse by the usufructuary, especially in what concerns shareholdings; among the problems addressed, deserves to be highlighted the way to apply to shareholdings the right of the owner to demand the delivery of the object of the usufruct.

KEYWORDS: usufruct; misuse; shareholdings

1. AS SANÇÕES DO “MAU USO POR PARTE DO USUFRUATUÁRIO”

O artigo 1482.º do Código Civil (adiante “CC”) regula o que a sua epígrafe designa “mau uso por parte do usufrutuário”.

Do texto do preceito resulta que o mau uso da coisa usufruída *que se torne consideravelmente prejudicial ao proprietário* dá ao proprietário duas vias de reação, em alternativa:

- O direito de exigir que lhe seja entregue a coisa¹ – o que, porém, tem como contrapartida a obrigação de compensar o usufrutuário mediante o pagamento anual do produto líquido da coisa, consistente no produto da coisa deduzido das despesas e do “prémio” que lhe for arbitrado (judicialmente);
- Solicitar as providências referidas no artigo 1470.º, que contém um leque aberto que termina “com outras medidas adequadas” e passa por exigir que: os imóveis se arrendem ou ponham em administração; os móveis se vendam ou sejam entregues ao proprietário; os capitais, bem como a importância dos preços das vendas, se deem a juros ou se empreguem em títulos de crédito nominativos; os títulos ao portador se convertam em nominativos ou se depositem nas mãos de terceiro.

Parece claro que o sentido da regra do artigo 1482.º não é definir as fronteiras do uso ilícito pelo usufrutuário da coisa usufruída, mas atribuir ao proprietário uma via de reação além da indemnizatória quando o uso ilícito atinja a intensidade referida no preceito (consideravelmente prejudicial).

O mesmo é dizer que o proprietário da raiz que sofra prejuízos em consequência do uso ilícito pelo usufrutuário da coisa usufruída tem sempre direito a ser indemnizado. Terá apenas direito a ser indemnizado se tal uso ilícito (também denominável abuso) não atingir a intensidade referida no artigo 1482.º (consideravelmente prejudicial). Terá também direito a ser indemnizado se atingir essa intensidade².

Na sua previsão e na parte da sua estatuição que confere ao proprietário o direito de exigir que lhe seja entregue a coisa, com a contraparti-

¹ Sobre aspetos processuais do exercício deste direito, v. acórdão da Relação do Porto de 28.5.1995 (*Colectânea de Jurisprudência*, ano XX, tomo IV, 1995, pp. 204 e 205).

² PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, depois de descreverem o conteúdo do artigo 1482, acrescentam: “Estas medidas, de carácter essencialmente preventivo, não obstam ao direito de indemnização pelos danos que o proprietário haja realmente sofrido” - *Có-*

da de compensar o usufrutuário, o texto do artigo 1482.º é igual, quase *ipsis verbis*, ao do artigo 2249.º do Código de Seabra, que tinha a seguinte redação: “O usufruto não se extingue, ainda que o usufrutuário faça mau uso da coisa usufruída; mas, se o abuso se tornar consideravelmente prejudicial ao proprietário, poderá este **requerer que se lhe entregue a coisa**, obrigando-se a pagar anualmente ao usufrutuário o produto líquido da **dita coisa**, depois de deduzidas as despesas e o prémio que pela sua administração lhe for arbitrado.” (negrito acrescentado para marcar as pequenas diferenças de estilo)³.

O *Code Civil*, no primeiro parágrafo do artigo 618.º, estabelece, desde 1804, “L’usufruit peut aussi cesser par l’abus que l’usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d’entretien” (embora no terceiro parágrafo do mesmo artigo disponha que “Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l’extinction absolue de l’usufruit, ou n’ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l’objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l’usufruitier, ou à ses ayants cause, une somme déterminée, jusqu’à l’instant où l’usufruit aurait dû cesser.”)⁴.

Luiz da Cunha Gonçalves, comentando o preceito do Código de Seabra, afirmou que foi de caso pensado que o primeiro código civil português não seguiu a solução francesa no tocante ao mau uso poder levar à

digo Civil Anotado, vol. III (com a colaboração de M. H. MESQUITA), 2.ª ed., Coimbra Editora, 1987 (1.ª ed. 1972), p. 543 (anotação ao artigo 1482).

³ Interessante é notar que o artigo 2249.º do Código de Seabra esteve na origem do artigo 520.º do código civil espanhol: “El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por su administración.”. Atestando essa influência, v. a anotação de IRIS BELUCHE RINCÓN a tal artigo., in AAVV, *Código Civil Comentado (directores ANA CAÑIZARES LASO, PEDRO DE PABLO CONTRERAS, JAVIER ORDUÑA MORENO e ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDES)*, vol. I, Civitas Thomson, 2011, p. 2064.

⁴ Sobre o regime francês, v., por exemplo, J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI e S. CIMAMONTI, *Les Biens* (livro integrado no *Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin*), L. G.D.J., 2000, p. 275, e F. TERRÉ e P. SIMLER, *Droit Civil Les Biens*, 10.ª ed., Dalloz, 2018, p. 757 e 758.

extinção do usufruto⁵, antes mantendo solução que vinha do passado⁶. Em momento anterior, Fernando Cochofel Teixeira Dias confrontou a solução do Código de Seabra com a do código civil italiano de 1865 então vigente (que previa que o mau uso consideravelmente prejudicial ao proprietário pudesse acarretar a extinção do usufruto⁷), afirmando preferível a solução italiana, mas não pôs em causa o sentido literal do artigo 2249.º do primeiro código civil português⁸.

Não pode haver dúvida de que o legislador de 1966 quis, nessa parte, manter a solução do legislador de 1867. No início dos trabalhos preparatórios que conduziram ao texto do artigo 1482⁹, Pires de Lima, para justificar a proposta de manutenção da regra consagrada no Código de Seabra, depois de expor as duas soluções principais oferecidas pela comparação de direitos (“considerar extinto o usufruto se o usufrutuá-

⁵ V. L. DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. XI, Coimbra Editora, 1936, pp. 534 a 536.

⁶ J. H. CORRÊA TELLES escreveu: “584 O usufruto não se perde, por isso só que o usufrutuário tenha feito mau uso das cousas do mesmo usufruto. 585 Mas quando elle tenha começado a deteriorar os bens, bem pôde o proprietário requerer providencia idonea para obviar á continuação do damno, e pedir indemnisação do damno causado; ou seja requerendo sequestro nos bens, ou cominação de pena de perdimento do usufruto, se elle continuar a fazer mau uso (*Digesto Portuguez ou Tratado dos Modos de Adquirir a Propriedade* ..., tomo II, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1836, p. 96). Ainda mais restritiva era a abordagem de M. A. COELHO DA ROCHA: “O abuso que o usufrutuário faz dos bens, ou seja deteriorando-os, ou deixando-os destruir por falta de reparos, não dá direito ao proprietário para o privar do usufructo, mas só para requerer providencias contra as deteriorações futuras, e a indemnisação das passadas [...]” (*Instituições de Direito Civil Portuguez*, 6.ª ed., tomo II, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1886, pp. 486 e 487 (§ 620) – sendo o texto de 1850).

⁷ O mesmo sucede no *Codice Civile* vigente, cujo artigo 1015, sob a epígrafe “Abusi dell’usufrutuário” estabelece, seguindo quase literalmente o referido artigo 516 do código de 1865: “L’usufrutto può anche cessare per l’abuso che faccia l’usufruttuario del suo diritto alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni. L’autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, ordinare che l’usufruttuario dia garanzia, qualora ne sia esente, o che i beni siano locati o posti sotto amministrazione a spese di lui, o anche dati in possesso al proprietario con l’obbligo di pagare annualmente all’usufruttuario, durante l’usufrutto, una somma determinata. 3. I creditori dell’usufruttuario possono intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni, offrire il risarcimento dei danni e dare garanzia per l’avvenire.”.

⁸ *Do Usufruto*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1917, pp. 342 e 343, nota 1.

⁹ Para uma indicação da evolução dos trabalhos preparatórios relativos à matéria em causa, v. J. FERNANDES RODRIGUES BASTOS, *Direito das Coisas segundo o Código Civil de 1966*, vol. III, artigos 1439.º a 1498.º, 1975 (edição do Autor), pp. 125 e 126.

rio fizer mau uso da coisa” e “entrega da coisa ao proprietário, mediante o pagamento do rendimento líquido ao usufrutuário)”, escreveu: “A solução da extinção do usufruto era desconhecida do direito romano, e não foi sem uma forte reacção da doutrina que em França e Itália se permitiu aos tribunais a aplicação desta sanção, considerada em geral mais de ordem penal do que privada, dada a não existência de relações sinalagmáticas entre o usufrutuário e o proprietário, que permitissem considerar a sanção como o resultado do não cumprimento dum contrato. Esta e a razão de que a entrega da coisa ao proprietário é suficiente para assegurar os seus direitos e evitar prejuízos, levam-nos a manter a solução tradicional.”¹⁰.

Publicado o atual CC, essa opinião foi, naturalmente, reexpressada no *Código Civil Anotado* de Pires de Lima e Antunes Varela¹¹, tendo sido seguida pela maioria dos Autores, ainda que com escassa fundamentação, certamente por ser achada desnecessária¹².

A certa altura, porém, surgiu opinião contrária, i.e., consistente em que a violação grave dos limites do usufruto pode ser fundamento para a sua extinção. A primeira voz nesse sentido terá sido a de José Alberto Vieira¹³ – tendo aderido a ela Henrique Sousa Antunes¹⁴ e Diogo Coimbra Casqueiro¹⁵.

Não posso subscrever tal tese. O argumento de que condutas que extravasem os limites do direito de usufruto, violando o direito do pro-

¹⁰ “Do Usufruto, Uso e Habitação”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 79, outubro 1958, pp. 95 e 96.

¹¹ V. vol. III (com a colaboração de M. H. MESQUITA), 2.ª ed., pp. 542 e 543 (anotação ao artigo 1482).

¹² Cfr., sem propósito de exaustão, J. FERNANDES RODRIGUES BASTOS, *Direito das Coisas segundo o Código Civil de 1966*, vol. III, cit., p. 127, C. A. MOTA PINTO, *Direitos Reais* (lições recolhidas por A. MOREIRA e C. FRAGA), Almedina, 1975, p. 415, J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Reais*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 1993, p. 476, R. PINTO e C. TRINDADE, in AAVV, *Código Civil Anotado* (coord. A. PRATA), 2.ª ed., Almedina, vol. II, 2019, p. 357 (anotação ao artigo 1482), R. GOUVEIA, in AAVV, *Comentário ao Código Civil Direito das Coisas*, Universidade Católica Editora (coord. H. SOUSA ANTUNES), 2021, p. 625 (anotação ao artigo 1482) e A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil XV Direitos Reais (2.ª Parte)*, Almedina, 2023, p. 720.

¹³ *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, pp. 762 a 764, 768 e 769.

¹⁴ *Direitos Reais*, Universidade Católica Editora, 2017, p. 430.

¹⁵ “Do Usufruto de Ações e da Adstrição ao Cumprimento da Obrigação de Efectuar Presta-

prietário, implicam uma quebra da confiança que tem de existir entre os titulares dos dois direitos para a qual a responsabilidade civil do usufrutuário não seria remédio suficiente¹⁶ não acha base nem na letra do artigo 1482.º, nem na sua história, nem no conjunto do sistema. O exercício disfuncional de direitos reais menores (não só do usufruto, mas também da superfície e das servidões) é sabidamente vulgar e a lei não lhe atribui efeito extintivo dos mesmos, como resulta dos artigos 1476.º, 1536.º e 1569.º.

De resto, o exercício do direito à entrega da coisa não deve ser menorizado, pois tem efeitos muito relevantes. Como sublinha José Alberto González, opera uma *transformação* dos poderes do usufrutuário, que deixa de poder usar e fruir a coisa, ficando, em substituição de tais poderes, com o direito ao rendimento por ela gerado¹⁷. Trata-se de uma *grande alteração do conteúdo e da própria natureza do usufruto*, que passa a ser um direito de crédito garantido pela afetação de uma coisa (onerando o direito do proprietário da raiz, quem quer que ele seja) – o que significa uma natureza jurídica próxima das de figuras antigas, como os censos e o quinhão, talvez qualificáveis como ónus reais¹⁸.

Por outro lado, o atual CC (indo além da proposta de Pires de Lima) alargou, relativamente ao Código de Seabra, os meios de reação do proprietário contra o mau uso do usufrutuário, na parte em que lhe atribui o direito de solicitar as providências referidas no artigo 1470.º – o que significa que o legislador ponderou a hipótese de “grave mau uso” e entendeu que os remédios para a mesma não deveriam incluir a extinção do usufruto, julgando suficiente a abertura, em alternativa à via de reação tradicional (entrega da coisa ao proprietário), das vias de reação resultantes da remissão para o artigo 1470.º, que possibilita a determinação de quaisquer medidas adequadas¹⁹.

ções Acessórias ou Suplementares”, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano XI (2019), n.º 3 e 4, pp. 614 e 615.

¹⁶ V. J. A. VIEIRA, *Direitos Reais*, cit., p. 762.

¹⁷ *Código Civil Anotado*, vol. IV, *Direito das Coisas*, Quid Juris, 2011, p. 430.

¹⁸ V. R. PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 4.ª ed., Príncipia, 2020, pp. 29, 362, 365 e 366.

¹⁹ Aproveito para esclarecer que a palavra “sanções” no título deste número está usada no seu sentido geral, abrangendo, pois, todos os direitos atribuídos ao proprietário, independentemente da sua natureza.

2. CONCRETIZAÇÃO DA NOÇÃO DE MAU USO QUE SE TORNE CONSIDERAVELMENTE PREJUDICIAL AO PROPRIETÁRIO

No seu referido anteprojeto de regulação do usufruto no CC, Pires de Lima considerou que

«É difícil indicar com precisão os pressupostos de facto em que deve fundar-se a decisão dos tribunais.»

e afirmou que

«Qualquer enumeração de causas terá de ser exemplificativa, pelo que nos pareceu suficiente a fórmula vaga do nosso direito»²⁰ (a do Código de Seabra).

Nalguns escritos sobre o usufruto em geral, surgem tentativas de concretização da ideia em causa, tendo sobretudo em vista o usufruto de imóveis.

O já referido Luiz da Cunha Gonçalves escreveu:

«*Prejuízo considerável do proprietário* dar-se-á, sem dúvida, quando a coisa usufruída se encontrar em tal estado que, no fim do usufruto, o proprietário não poderá receber as mesmas quantidade e qualidade de frutos, que no início do usufruto se podiam colhêr. Prejuízo considerável será, por exemplo, uma deminuição permanente do rendimento da coisa, superior à soma da contribuição predial, ou superior à décima parte do valor dessa coisa.»²¹.

José Alberto Vieira, tratando do mau uso, afirma que não se afigura possível uma definição de “não uso”, mas que é viável conseguir um avanço com a “tipificação de grupos de casos onde regista um mau uso da coisa por parte do usufrutuário”, apontando dois grandes grupos: um respeitante aos casos em que o exercício do direito, ou a falta dele, implique a diminuição do valor da coisa e outro respeitante aos casos em que da atuação do usufrutuário resulte a deterioração da coisa (desde que esta não possa ser qualificada como uma alteração da sua forma ou substância). Como exemplo do primeiro indica o “fecho de estabelecimento no imóvel objecto de usufruto, sem que lhe seja dada

²⁰ “Do Usufruto, Uso e Habitação”, cit., p. 96.

²¹ *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. XI, cit., p. 535 (itálico no original).

qualquer outra utilização” e como exemplo do segundo indica “a não realização das obras de reparação ordinária a cargo do usufrutuário”²².

Na jurisprudência francesa, foram considerados casos de mau uso de usufruto (não necessariamente fundantes da extinção do usufruto): o arrendamento para fins comerciais de local destinado a outro fim, a autorização de permanência no local arrendado de arrendatários depois da anulação do arrendamento, a falta de manutenção prolongada causadora da necessidade de obras estruturais e o abate de árvores de grande porte desconforme ao plano de plantação²³.

A jurisprudência espanhola – ao aplicar preceito muito semelhante ao que atualmente vigora em Portugal (igual, como se escreveu em nota, ao do Código de Seabra) – considerou caso de mau uso causador de prejuízo grave ao proprietário da raiz a modificação de «finca» por meio de obras «de tal calado que alteran la forma, sustancia y destino económico-social de la cosa, cambiando su estructura y cualidades objetivas de su configuración». Relevante é ainda que será exigido dolo ou negligência do usufrutuário, excluindo casos fortuitos²⁴.

A jurisprudência portuguesa²⁵ não parece conter muitas concretizações da noção, mas é relevante notar que o acórdão da Relação de Guimarães que versou o assunto perfilhou o entendimento de que a omissão pelo usufrutuário de obras de conservação nele discutida não poderia ser qualificada como mau uso, por o valor das mesmas exceder dois terços do rendimento líquido do ano – fronteira que, nos termos do artigo 1472.º, separa as obras a cargo do usufrutuário (as reparações ordinárias) das que cabem ao proprietário²⁶.

²² *Direitos Reais*, cit., 2008, p. 769.

²³ V. J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI e S. CIMAMONTI, *Les Biens*, e F. TERRÉ e P. SIMLER, *Droit Civil Les Biens*, nos lugares antes referidos (texto e notas).

²⁴ V. IRIS BELUCHE RINCÓN, em anotação a tal artigo in AAVV, *Código Civil Comentado (directores ANA CAÑIZARES LASO, PEDRO DE PABLO CONTRERAS, JAVIER ORDUÑA MORENO e ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDES)*, vol. I, cit., p. 2065.

²⁵ V. acórdãos da Relação de Lisboa de 22.5.2001 (proc. 00115367, sumário disponível em www.dgsi.pt) e da Relação de Guimarães de 23.4.2020 (proc. 5319/17.9T8BRG.G, texto completo disponível em www.dgsi.pt).

²⁶ V. o n.º IV do acórdão.

3. NOTAS SOBRE O USUFRUTO DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS²⁷

3.1. Notas gerais

É indiscutível que as participações em sociedades (as chamadas “participações sociais”) podem ser objeto de usufruto. A lei prevê-o expressamente no artigo 1467.º do CC, nos artigos 23.º, 92.º, 214.º (quotas), 233.º (quotas), 242.º-B (quotas), 269.º (quotas), 293.º, 328.º, 385.º, 462.º, 468.º e 512.º (quotas) do Código das Sociedades Comerciais (adiante “CSC”) e nos artigos 20.º, 68.º, 70.º, 78.º, 80.º, 85.º e 103.º do Código de Valores Mobiliários (adiante “CVM”).

Com relevância geral para o usufruto de participações sociais, estabelece o artigo 23.º do CSC:

- A constituição de usufruto sobre participações sociais, após o contrato de sociedade, está sujeita à forma exigida e às limitações estabelecidas para a transmissão destas (n.º 1);
- Os direitos do usufrutuário são os indicados nos artigos 1466.º e 1467.º do CC, com as modificações previstas no CSC (n.º 2).

²⁷ Os principais estudos monográficos portugueses sobre o usufruto de ações (onde se podem encontrar outras referências bibliográficas) são: antes do CC e do CSC (sem grande interesse para a determinação do direito vigente, em resultado de o CC e o CSC terem alterado profundamente o quadro legal relevante), BARBOSA DE MAGALHÃES, “Usufruto de Acções, de Partes e de Quotas”, in ROA, ano 12, n.º 1 e 2, 1952, e J. G. PINTO COELHO, *Usufruto de Acções*, Coimbra, 1958 [separata da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*]; depois do CC e do CSC, A. MOTA PINTO, “Usufruto de Acções. Análise em Particular dos Direitos do Usufrutuário de Acções”, in *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n.º 38, ano 2014, J. DE FREITAS e J. RODRIGUES FERREIRA, “Revisitando o Usufruto de Acções”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 10, vol. 20, novembro 2018, e D. COIMBRA CASQUEIRO, “Do Usufruto de Acções e da Adstrição ao Cumprimento da Obrigação de Efectuar Prestações Acessórias ou Suplementares”, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano XI (2019), n.º 3 e 4. Outras abordagens relevantes encontram-se nalguns manuais e nos códigos anotados, designadamente no *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais* de RAUL VENTURA (em especial na anotação 12 ao artigo 219.º, constante de *Sociedade por Quotas*, vol. I, Almedina, 1987, pp. 391 ss.), no *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* coordenado por JORGE M. COUTINHO DE ABREU (em especial na anotação de MARGARIDA COSTA ANDRADE ao artigo 23.º, constante do vol. I – 2.ª ed., Almedina, 2017, pp. 396 ss.) e no *Código das Sociedades Comerciais Anotado* coordenado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (em especial na anotação de A. MENEZES CORDEIRO e M. BRITO BASTOS ao artigo 23.º – 4.ª ed., Almedina, 2021, pp. 190 ss.). Na jurisprudência, merecem destaque um acórdão da Relação de Lisboa de 13.10.1995 (*Colectânea de Jurisprudência*, ano XX, tomo IV, 1995, pp. 112-116) e um acórdão do STJ de 4.7.2002 (*Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça*, ano X, tomo II, 2002, pp. 147-149).

No respeitante ao modo de constituição, o estabelecido no artigo 23.º do CSC é reiterado no artigo 103.º do CVM (que, de resto, formalmente prevalece sobre aquele, por ser norma especial relativamente a ele). São assim aplicáveis à constituição do usufruto de ações os referidos artigos 80.º (no tocante às ações escriturais) e 102.º (no tocante às ações tituladas) do CVM.

Quando se verificarem aumentos de capital por incorporação de reservas em sociedades em que existam participações sobre as quais incidam usufrutos, aplicar-se-á o n.º 5²⁸ do artigo 92.º do CSC: “Havendo participações sociais sujeitas a usufruto, este deve incidir nos mesmos termos sobre as novas participações ou sobre as existentes.”²⁹.

3.2. O conteúdo básico do usufruto de participações sociais

O conteúdo básico do usufruto de participações sociais está estabelecido no mencionado artigo 1467.º do CC, que começa por enunciar, no n.º 1, que o usufrutuário de ações ou de partes sociais tem direito aos *lucros distribuídos correspondentes ao tempo de duração do usufruto*, a votar nas assembleias gerais, salvo quando se trate de deliberações que importem alteração dos estatutos ou dissolução da sociedade, e a usufruir os valores que, no ato de liquidação da sociedade ou da quota, caibam à parte social sobre que incide o usufruto, acrescentando no n.º 2 que nas deliberações que importem alteração dos estatutos ou dissolução da sociedade, o voto pertence conjuntamente ao usufrutuário e ao titular da raiz.

Fora de dúvida é que ao usufruto de participações sociais são aplicáveis as regras que definem a figura do usufruto e fixam o padrão de

²⁸ Inicialmente, tratava-se do n.º 4. Passou a n.º 5 por determinação do Dec.-Lei 49/2010, de 19 de maio, que introduziu o atual n.º 2, alterando a numeração das proposições subsequentes.

²⁹ V. R. VENTURA, *Alterações do Contrato de Sociedade* (obra integrada no *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*), Almedina, 1986, pp. 234 (primeiro parágrafo), 291 e 292, P. DE TARSO DOMINGUES, “O Aumento do Capital Social Gratuito ou por Incorporação de Reservas”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, vol. 1, março 2009, pp. 239 e 240, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, 2009, p. 444, e *O Financiamento Societário pelos Sócios (e o seu Reverso)*, 2.ª ed., Almedina, pp. 388 e 399, bem como no *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU), vol. II, 3.ª ed., Almedina, 2021, p. 145 (em comentário ao artigo 92.º), e F. MENDES CORREIA, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado* (coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), 4.ª ed. (em comentário ao artigo 462.º).

exercício dos direitos do usufrutuário, nomeadamente os artigos 1439.º e 1446.º do CC.

De tais preceitos decorre que:

- O usufruto permite ao seu titular gozar plenamente a coisa ou o direito sobre que incide, gozo esse que compreende as faculdades de uso e fruição, o que é o mesmo que dizer que o usufrutuário tem, tendencialmente, os poderes que cabem no direito de propriedade, salvo o poder de disposição do objeto sobre que incide;
- No entanto, esse gozo não pode alterar a forma ou a substância do objeto do usufruto³⁰ (salvo no caso do usufruto de coisas consumíveis);
- No uso dos seus direitos, o usufrutuário tem de ser diligente (atuar como faria um “bom pai de família”) e de respeitar o destino económico da coisa objeto do usufruto³¹ (sendo, por isso mesmo, o desvio relativamente a essa diretriz de exercício dos direitos sancionado, designadamente nos termos do artigo 1482.º).

Quer o direito aos lucros, quer o direito de voto do usufrutuário merecem observações.

Ficou sublinhado que os lucros a que o usufrutuário tem direito são os *distribuídos correspondentes ao tempo de duração do usufruto, porque a precisão é relevante: não cabem ao usufrutuário lucros gerados antes do início do usufruto* (porque não correspondentes ao tempo de duração do usufruto), *nem lucros não distribuídos*.

Sobre o segundo aspeto, Manuel A. D. de Andrade escreveu (antes do atual CC, que não chegou a conhecer), num parecer sobre usufruto de quota:

«Ora é de toda a evidência que os valores produzidos pela actividade social (lucros, benefícios ou “proveitos”) só têm o carácter

³⁰ As palavras finais do artigo 1439.º evocam a expressão *salva rerum substantia*, que foi usada no Direito Romano para transmitir a ideia em causa. Sobre a história do usufruto, v. A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano III (Direitos Reais)*, Coimbra Editora [n.º 26 da coleção *Studia Iuridica* do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra*], 1997, pp. 190 ss.

³¹ Para um exemplo de desrespeito do destino económico da coisa, v. acórdão da Relação do Porto de 7.12.2018 publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, ano XLIII, tomo V, 2018, pp. 167 ss., no qual se julgou um caso em que o usufrutuário fez obras com vista a transformar em terreno agrícola um terreno bravo e florestal.

de rendimento (frutos civis) *quando e até onde se tenha resolvido (validamente) distribuí-los em dividendos.*

[...]

Os valores que a sociedade entenda não repartir sob aquela forma, mas deixá-los ficar no património social – a título de fundos de reserva, ou desvalorizando o activo (subavaliação), ou em qualquer outra modalidade conducente ao mesmo resultado – esses vão incrementar o capital social efectivo (não puramente nominal).

Assim capitalizados, nada tem com ele – quanto ao seu casco – o usufrutuário. *Não lhes pode chamar seus.* O que pode é usufruí-los – digamos – recebendo o ulterior aumento de dividendos que eles venham a proporcionar, ou disfrutando mais tarde, na dissolução da sociedade, a parte do activo social que seja atribuída à quota em que recai o seu usufruto.>>³²

O essencial das afirmações de Manuel de Andrade é atual à luz da lei vigente.

Quanto ao direito de voto, a concretização da diligência que a lei impõe ao usufrutuário no artigo 1446.º depende de muitos fatores, nomeadamente do objeto das deliberações e do peso relativo da participação usufruída. Uma participação irrisória não obriga a tanta diligência quanto uma participação maioritária, pois esta obriga necessariamente a determinar a escolha dos titulares dos órgãos de administração e de fiscalização – poder este cujo mau exercício (*culpa in eligendo*) pode constituir ato ilícito gerador de um direito do proprietário da raiz a ser indemnizado pelo usufrutuário (sem que ao caso venham diretamente as regras do CSC).

3.3. A autonomia privada na definição do conteúdo do usufruto de participações sociais

Sobre o usufruto em geral, o artigo 1445.º do CC estabelece que “Os direitos e obrigações do usufrutuário são regulados pelo título cons-

³² “Usufruto de Quotas Sociais”, in *Scientia Iuridica*, abril-junho 1952, tomo I, n.º 4, pp. 349 e 350.

titutivo do usufruto; na falta ou insuficiência deste, observar-se-ão as disposições seguintes.”

Tendo em vista o teor do n.º 2 do artigo 23.º do CSC, pode interrogar-se se a possibilidade de regular o usufruto no título constitutivo se aplica ao usufruto de participações sociais.

Para a resposta, são úteis os conteúdos de vários preceitos do CSC, nomeadamente os artigos 269.º, 462.º, 214.º e 293.º.

Merecem sublinhado as seguintes referências neles feitas a acordos entre titular da raiz ou pelo usufrutuário:

- As dos n.ºs 1 dos artigos 269.º e 462.º, segundo as quais o direito de participar no aumento do capital será exercido pelo titular da raiz ou pelo usufrutuário ou por ambos, nos termos que entre si acordarem;
- As dos n.ºs 4 dos artigos 269.º e 462.º, segundo as quais a nova quota ou ação fica a pertencer em propriedade plena àquele que tiver exercido o direito de participar no aumento do capital, salvo se os interessados tiverem acordado em que ela fique também sujeita a usufruto;
- A do n.º 5 do artigo 269.º, segundo a qual o titular da raiz e o usufrutuário podem acordar na alienação do direito de preferência, subordinadamente ao consentimento da sociedade;
- A do n.º 8 do artigo 214.º e no artigo 293.º, segundo a qual o direito à informação conferido nas secções em que tais preceitos se inserem compete também ao usufrutuário “*quando, por lei ou convenção, lhe caiba exercer o direito de voto.*”

Tais regras mostram que o CSC “dá espaço”, quer nas sociedades por quotas, quer nas sociedades anónimas, para acordos entre o titular da raiz e o usufrutuário, seja quanto ao direito de participar no aumento do capital, seja quanto ao direito à informação. Não se vislumbra razão para que esses acordos não sejam celebrados no momento da constituição do usufruto.

Por outro lado, como escreveu Raul Ventura a propósito do usufruto de quotas, a remissão do n.º 2 do artigo 23.º do CSC para o artigo 1467.º do CC pode (facilmente, acrescento) ser entendida como feita para os

direitos do usufrutuário com a natureza que estes neste têm, ou seja, suscetíveis de modelação no título constitutivo³³.

Não foi apenas Raul Ventura que sustentou tal possibilidade de modelação. Também José de Freitas e Jéssica Rodrigues Ferreira o fizeram³⁴. Parece seguro dar tal opinião como correta: sem prejuízo do núcleo essencial da figura, os direitos e obrigações do usufrutuário podem ser regulados pelo título constitutivo do usufruto, aplicando-se as disposições do CC só na falta ou insuficiência de estipulações.

A fechar estas notas sobre o usufruto de participações sociais, vale a pena chamar a atenção para que, embora, à face da lei, seja mais do que claro que o usufruto pode ter por objeto não apenas coisas corpóreas – imóveis e móveis –, mas também direitos, incluindo participações sociais, é de ter em conta que o usufruto começou por só incidir sobre imóveis e que, ainda hoje, tem os imóveis como campo privilegiado de aplicação. Isso explica que a doutrina civilista, tradicionalmente, tome o usufruto de imóveis como o caso paradigmático de usufruto. Por outro lado, isso também permite perceber a fonte das dúvidas que o usufruto de participações sociais levanta, no tocante à distribuição de direitos entre o titular da raiz e o usufrutuário, pois a distribuição de direitos que tenham por objeto imóveis, designadamente os que produzam rendimentos, é muito menos complexa do que a distribuição de direitos que tenham por objeto participações sociais, já que os rendimentos destas – mormente os lucros – são mais contingentes e dependem de deliberações³⁵.

³³ *Sociedades por Quotas*, vol. I (obra integrada no *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*), p. 396.

³⁴ “Revisitando o Usufruto de Ações”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 10, vol. 20, novembro 2018, pp. 171 e 172.

³⁵ Sobre a propriedade imobiliária como paradigma da *property* e as participações sociais como forma de *property*, v., por exemplo, LARISSA KATZ, “Corporate Shares as Shares”, in *Modern Studies in Property Law (edited by BEN MCFARLANE e SINÉAD AGNEW)*, vol. 10, Hart, 2019, pp. 107-123.

4. APLICAÇÃO ÀS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS DA NOÇÃO DE MAU USO QUE SE TORNE CONSIDERAVELMENTE PREJUDICIAL AO PROPRIETÁRIO

Os textos que têm por objeto o usufruto de participações sociais não tratam da aplicação às mesmas do regime do mau uso.

Julgo que essa aplicação tem de partir das concretizações que a lei faz do conteúdo do direito do usufrutuário de participações sociais. Exercer o direito de voto para além dos limites do usufruto (por exemplo, de modo a receber lucros gerados antes da constituição do usufruto) é certamente mau uso do mesmo.

No entanto, esses não são os únicos limites aos direitos de usufrutuários de participações sociais. Da noção geral de “mau uso que se torne consideravelmente prejudicial ao proprietário” decorrem outros.

Para a concretização do conceito em causa, julgo que, embora possa parecer óbvio, se deve desenvolver a ideia, atrás exposta, de que não é todo o mau uso que releva, nem sequer todo o mau uso ilícito, mas apenas aquele que se torne consideravelmente prejudicial ao proprietário. Assim, por exemplo, talvez se possa dizer que um usufrutuário de uma casa que não a use nem dela tire rendimento dela faz mau uso, mas, se proceder à sua conservação, é claro que esse mau uso não é prejudicial ao proprietário, muito menos consideravelmente prejudicial.

O acento tónico do conceito em causa está, pois, no prejuízo que da conduta do usufrutuário resulte para o direito do proprietário. Isso obriga a “olhar” para o conteúdo desse direito.

Tal conteúdo integra, centralmente, o direito à restituição da coisa no final do usufruto, num certo estado que é definido indiretamente pelo conteúdo do direito de usufruto. Sem prejuízo das regras sobre casos especiais, o objeto do usufruto deve ser restituído sem alteração da forma e da substância (artigo 1439.º do CC), e em estado compatível com um uso, fruição e administração de acordo com o padrão do “bom pai de família”, com respeito pelo seu destino económico (artigo 1446.º do CC).

Para as participações sociais isso tem a projeção de os direitos inerentes às mesmas cujo exercício cabe ao usufrutuário terem de ser exercidos de acordo com esses critérios – ou seja, pesando sempre os direitos do proprietário da raiz.

O modo de o fazer variar em função das características das participações e da sociedade a que se referem. Em geral, julgo que se pode afirmar, por exemplo, retomando distinção feita acima, que são diferentes

o caso de participações meramente financeiras, percentualmente irrisórias, em empresas cotadas e o de participações maioritárias que confirmam o controle da sociedade. No primeiro caso, pouco ou nenhum esforço de administração das participações será exigível ao usufrutuário. No segundo, ser-lhe-á certamente exigível que zele pela empresa indiretamente detida, exercendo os seus direitos de modo a ser bem gerida. A infração desse dever, se tiver consequências, atuais ou altamente prováveis, consideravelmente prejudiciais para o valor das participações, será certamente um mau uso consideravelmente prejudicial ao proprietário da raiz.

5. APLICAÇÃO ÀS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS DO DIREITO DO PROPRIETÁRIO DA RAIZ A QUE A COISA “LHE SEJA ENTREGUE”

Como ficou escrito, o artigo 1482.º, em caso de mau uso pelo usufrutuário consideravelmente prejudicial aos seus interesses, atribui ao proprietário da raiz direito a que o objeto do usufruto lhe seja entregue – com a contrapartida da obrigação de compensar o usufrutuário mediante o pagamento anual do produto líquido da coisa, consistente no seu rendimento deduzido das despesas respetivas e da remuneração que for arbitrada ao proprietário pela sua administração.

Como aplicar esta regra a ações ou, mais latamente, a participações sociais?

É necessária a adaptação da norma, i.e., obter a congruência da sua estatuição (entrega da coisa – o que aponta para o carácter corpóreo da mesma) com a natureza do objeto do usufruto³⁶. Para tanto, julgo que se deve partir da *constatação* de que, no artigo 1482.º, pensado para o usufruto de coisas corpóreas, mormente das coisas imóveis³⁷, a “entrega” é puramente instrumental do poder de administração. Por força do usufruto, o gozo do seu objeto pertence ao usufrutuário, que, portanto, tem o poder de o administrar e de fazer seu o rendimento por

³⁶ A adaptação das normas é estudada sobretudo na área do Direito Internacional Privado, mas a sua necessidade não surge só nesse campo. Sobre a adaptação como busca de *congruência*, v. A. MARQUES DOS SANTOS, “Breves Considerações sobre a Adptação em Direito Internacional Privado”, in AAVV, *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Universidade de Lisboa, 1989, p. 532.

³⁷ Como se escreveu antes, o usufruto começou por só incidir sobre imóveis e, ainda hoje, tem os imóveis como campo privilegiado de aplicação. A regra em causa toma o caso do usufruto de imóveis como o paradigmático, quando se refere ao “produto da coisa”, pois poucas serão as coisas corpóreas móveis que gerarão rendimento.

ele gerado. O que o segmento em causa do artigo 1482.º, no seu cerne, determina é que a administração, caso o proprietário o exija, passe para este – embora o usufrutuário mantenha o direito ao rendimento.

A aplicação de tal regra a participações sociais determina que a administração das mesmas passe para o proprietário. Como administrar participações sociais implica exercer o direito de voto, o equivalente à entrega da coisa é o exercício do direito de voto que cabe ao usufrutuário, nos casos em que esse exercício consubstancia administração das participações.

O primeiro desses casos é o de designação dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização da sociedade (bem como, no caso das sociedades anónimas, dos membros da mesa da assembleia geral).

Assim, para aplicar o direito em causa a participações sociais, o tribunal deverá atribuir ao proprietário da raiz o exercício de tal direito de designação – tratando-se de sociedades anónimas, necessariamente mediante voto em deliberação de sócios.

A atribuição de tal direito ao proprietário não é, porém, suficiente, para lhe assegurar a administração das participações. Torna-se necessário atribuir-lhe também o exercício do direito de voto no tocante à aprovação das contas e à distribuição de resultados.

Friso que, no tocante à distribuição de lucros, a atribuição do exercício do direito de voto é delicada, tendo em vista que a margem de liberdade dada ao conjunto dos sócios pelo n.º 1 do artigo 294.º do CSC (tal como pelo n.º 1 do artigo 217.º do mesmo código) pode, em tese, ser exercida contra os interesses dos usufrutuários. Em meu entender, o tribunal, para defender esses interesses, deve restringir tal margem de liberdade, impondo ao proprietário da raiz que exerça o direito de voto sempre no sentido da distribuição de, pelo menos, metade do lucro distribuível – o que impedirá o proprietário da raiz de exercer o direito de voto usando a possibilidade conferida na parte inicial do preceito (“Salvo [...] deliberação tomada por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social”).

6. RELEVÂNCIA DO MODO DE ARTICULAÇÃO DE DIREITOS REAIS DE GOZO SOBRE A MESMA COISA PARA A COMPREENSÃO DO REGIME DO “MAU USO POR PARTE DO USUFRUTUÁRIO”

Os direitos reais de gozo menores implicam a existência sobre o seu objeto de um direito de propriedade comprimido. “Comprimido”, porém, não significa inexistente, nem inerte, nem desinteressado. Por

isso, as relações entre titulares de direitos reais de gozo sobre a mesma coisa – mormente entre o proprietário e o titular de um direito menor – são inevitáveis e dão potencialmente lugar a conflitos.

A lei prevê e regula essas situações. Eis alguns exemplos:

- Numa servidão de passagem, o titular do prédio serviente vê o gozo do seu prédio limitado pela servidão; nos termos do n.º 1 do artigo 1568.º do CC, não pode estorvar o uso da servidão, mas pode exigir a mudança dela para sítio diferente, se a mudança lhe for conveniente e não prejudicar os interesses do proprietário do prédio dominante, contanto que a faça à sua custa;
- Numa servidão de passagem, o titular do prédio dominante terá um ganho se a mesma mudar de sítio; nos termos do n.º 2 do artigo 1568.º do CC, pode exigir a mudança se com isso não for prejudicado o proprietário do prédio serviente e contanto que o faça à sua custa;
- No caso específico de servidão legal de passagem sobre “quintas muradas, quintais, jardins ou terreiros adjacentes a prédios urbanos”, o proprietário, para se subtrair ao encargo de ceder passagem, tem direito a adquirir o prédio encravado pelo seu justo valor, nos termos artigo 1551.º do CC;
- Constituído um direito de superfície para o fim de construir obra ou plantar árvores, enquanto não se iniciar a construção da obra ou não se fizer a plantação das árvores, nos termos artigo 1532.º do CC, o uso e a fruição da superfície pertencem ao proprietário do solo, o qual, todavia, não pode impedir nem tornar mais onerosa a construção ou a plantação;
- Um tal direito de superfície extingue-se, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 1536.º do CC, se o superficiário não concluir a obra ou não fizer a plantação dentro do prazo fixado ou, na falta de fixação, dentro do prazo de dez anos;
- Nos termos artigo 1471.º do CC, o usufrutuário é obrigado a consentir ao proprietário quaisquer obras ou melhoramentos de que seja suscetível a coisa usufruída, e também quaisquer novas plantações, se o usufruto recair em prédios rústicos, contanto que dos atos do proprietário não resulte diminuição do valor do usufruto; de tais obras ou melhoramentos realizados tem o usufrutuário direito ao usufruto, sem ser obrigado a pagar juros das somas desembolsadas pelo proprietário ou qualquer outra indemnização, mas, no caso de as obras ou melhoramentos aumentarem o rendimento líquido da coisa usufruída, o aumento pertence ao proprietário.

O regime daquilo que a epígrafe do artigo 1482.º do CC designa como “Mau uso por parte do usufrutuário”, exposto neste texto, é outro caso de regulação de relações entre titulares de direitos reais de gozo sobre a mesma coisa. Para sua compreensão, é importante situá-lo no quadro da regulação de relações entre titulares de direitos reais de gozo sobre a mesma coisa. Isso permite perceber que tal regime não é excecional, que tem lugares afins, que é compreensível como um caso de um universo.

Maio 2023

Sobre a amortização – extinção de ações

J. M. COUTINHO DE ABREU

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RESUMO: O texto centra-se em questões controversas da amortização (imposta ou permitida) das ações: entre outras, a eficácia de cláusula de amortização introduzida nos estatuto depois da aquisição de ações, os critérios de fixação da contrapartida da amortização e a necessidade, ou não, de ressalva do capital social, as maiorias exigidas para as deliberações de amortização e a desnecessidade, ou não, de deliberar a redução do capital, relações entre amortização e exclusão de acionistas.

ABSTRACT: The text focuses on controversial issues surrounding the (mandatory or allowed) amortisation of shares: among others, the effectiveness of a amortisation clause introduced in the bylaws after the acquisition of shares, the criteria for determining the consideration for the amortisation and the need, or lack thereof, to preserve the share capital, the majorities required for decisions regarding amortisation, and the necessity, or not, to deliberate on a reduction of capital, the relationship between amortisation, and the exclusion of shareholders.

PALAVRAS-CHAVE: Amortização imposta, amortização permitida, contrapartida da amortização, exclusão de acionista, redução do capital

KEYWORDS: Mandatory amortisation, allowed amortisation, amortisation consideration, shareholder exclusion, reduction of capital

O CSC regula duas espécies de amortização de ações: sem redução do capital social e extinção das ações (amortização-reembolso), e com redução do capital social e extinção das ações (amortização-extinção) – artigos 346.º e 347.º, respetivamente. Trataremos aqui somente da

amortização-extinção; aliás, a amortização-reembolso raramente se verifica na prática.

O artigo 347.º distingue duas modalidades de amortização «forçada»¹: a *imposta*, competindo ao órgão de administração declará-la, e a *permitida*, que é deliberada pelo órgão deliberativo interno (sócios)².

Há disciplina específica para cada uma destas modalidades. Mas domina o regime comum a ambas. Começamos por este.

1. PREVISÃO ESTATUTÁRIA PRÉVIA DOS FACTOS QUE FUNDAM A AMORTIZAÇÃO

1.1. Os factos que imponham ou permitam a amortização devem estar previstos nos estatutos (artigo 347.º, 3).

São usuais cláusulas estatutárias mencionando a insolvência de acionista, o arresto ou a penhora de ações, a adjudicação das ações em processo de divórcio ou de separação judicial ao cônjuge do acionista, a violação da lei (*v. g.*, concorrência desleal, abuso de informação) ou do contrato social (*v. g.*, não cumprimento de prestações acessórias, transmissão de ações com desrespeito por limitações estatutárias) em prejuízo da sociedade.

1.2. Esses factos devem estar expressos no contrato de sociedade *antes da aquisição das ações que forem objeto da amortização*. Apesar de o artigo 347.º não o explicitar, ele tem de ser interpretado de acordo com o estabelecido no artigo 79.º, 1, a), da Diretiva 2017/1132. O risco de um acionista ter de suportar a amortização de ações suas (e de sair da sociedade se todas elas forem amortizadas) há de ser previsível; não pode um acionista sofrer a amortização em uma sociedade que, quando ele subscreveu ou adquiriu ações, não continha nos estatutos qualquer cláusula de amortização, ou tinha cláusula mas não com um

¹ Assim designada no artigo 79.º da Diretiva 2017/1132, de 14 de junho de 2017 (codificadora).

² Contudo, é lícita a cláusula estatutária que possibilite a amortização com o consentimento do acionista – JOÃO LABAREDA, *Das acções das sociedades anónimas*, AAFDL, Lisboa, 1988, p. 332, RAÚL VENTURA, *Estudos vários sobre sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 504-505, JÉSSICA R. FERREIRA, «Amortização de ações», *DSR* (Direito das Sociedades em Revista) 23 (2020), p. 207-208 (com mais indicações bibliográficas).

fundamento posteriormente introduzido (salvo se, nesta hipótese, ele concordar com a amortização).

Entre nós, tem-se entendido predominantemente que a alteração dos estatutos de uma sociedade anónima para neles introduzir uma cláusula de amortização (ou, dir-se-ia também, para acrescentar factos em uma cláusula já existente) tem de ser *unanimemente deliberada* pelos acionistas. Invoca-se para tanto «igualdade de razão» com a regra do artigo 233.º, 2 (amortização de quota)³, a aplicação por analogia deste preceito⁴, ou a extensão teleológica do artigo 347.º, 3⁵.

Parece-me que esse entendimento *não é o melhor*⁶. Nem o artigo 347.º, nem as suas fontes – o artigo 36.º da 2.ª Diretiva em matéria de direito das sociedades (a que corresponde o artigo 79.º da Diretiva codificadora) e os §§ 237 e 238 da *Aktiengesetz* alemã – exigem a unanimidade⁷. A alteração dos estatutos introduzindo (ou modificando) uma cláusula de amortização de ações segue o *procedimento normal* – v., para as maiorias deliberativas exigidas o artigo 386.º, 3 e 4. Introduzida a cláusula segundo o procedimento normal, ela é *eficaz* para as ações posteriormente adquiridas. E é *eficaz* também relativamente às ações previamente adquiridas pelos acionistas que hajam votado a favor da alteração; é *ineficaz* quanto às ações previamente adquiridas por quem não votou a favor, nem consinta em uma posterior amortização que o afete⁸.

³ RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 501-502.

⁴ T. SOARES DA FONSECA, em *Código das Sociedades Comerciais anotado* (coord. A. Menezes Cordeiro), 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2020, p. 1156 (anotação ao artigo 347.º), Ac. do STJ de 15/12/2020 (proc. 12032/18.8T8LSB. L1. S1).

⁵ CAROLINA CUNHA, «STJ – Acórdão de 15/12/2020 (A propósito da introdução superveniente de uma cláusula estatutária de amortização de ações: exigência de unanimidade, ineficácia da deliberação e requalificação jurídica do pedido)», *RLG* (Revista de Legislação e de Jurisprudência), 2021, p. 222, s.

⁶ E a exceção da unanimidade prescrita no artigo 233.º, 2, é discutível. Aliás, dos três anteprojetos sobre sociedades por quotas, apenas o de Coimbra previa essa solução – cfr. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1989, p. 680-681.

⁷ Para a lei alemã, v. p. ex. JENS KOCH, *Aktiengesetz*, 17. Aufl., Beck, München, 2023 (obra iniciada por UWE HÜFFER), § 237, Rn. 9.

⁸ ARMANDO M. TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas – Direitos individuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 267, s., contraria também a ideia da unanimidade. Mas considera que a alteração estatutária é eficaz para (todos) os acionistas atuais (mesmo que não tenham votado favoravelmente a alteração) e futuros.

1.3. São frequentes, como dissemos, as cláusulas de amortização fundadas em arresto ou penhora de ações ou na insolvência de acionista – sem mais explicitações, designadamente sem se dizer se tais factos têm de ser definitivos, isto é, cobertos por uma decisão transitada em julgado.

É uma questão de interpretação dos estatutos a exigibilidade, ou não, do carácter definitivo de tais factos. Porque são em geral aplicáveis as regras de interpretação dos negócios jurídicos (artigos 236.º - 238.º do CC), mais ainda quando estão em jogo relações entre sócio e sociedade⁹, a amortização das ações pressupõe em princípio que as *decisões judiciais decretando o arresto, a penhora ou a insolvência têm de ter transitado em julgado*¹⁰.

1.4. Se os estatutos não previrem qualquer caso de amortização de ações, será *nula* a deliberação (ou decisão) do órgão de administração ou dos sócios que amortize alguma ação: artigos 411.º, 1, c), e 56.º, 1, d) – ela contraria a norma legal imperativa do n.º 3 do artigo 347^{II}.

Se os estatutos impuserem ou permitirem a amortização em certos casos, mas a deliberação (ou decisão) não respeitar os requisitos desses casos (recorde-se, por exemplo, o dito no n.º 1.3.), ela será *anulável* por contrariar cláusula do contrato de sociedade: artigos 411.º, 3, e 58.º, 1, a).

2. CONTRAPARTIDA DA AMORTIZAÇÃO

2.1. Normalmente, o titular das ações amortizadas tem direito a uma contrapartida correspondente a um determinado valor das ações extintas.

⁹ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II – *Das sociedades*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 145, s.

¹⁰ Neste sentido, a propósito do arresto (mas mencionando igualmente a penhora), v. o Ac. do STJ de 8/9/2021 (proc. 2319/19.8T8VIS.C1.S1).

¹¹ Ressalva-se, porém, a hipótese de uma outra norma legal impor ou permitir a amortização (v. infra, n.º 7).

Todavia, em alguns casos poderá a amortização, por acordo com o acionista¹² ou em resultado de previsão estatutária, ser gratuita¹³. Digo «em alguns casos», pois é inadmissível a gratuidade quando estejam em causa (também) direitos ou interesses específicos de credores do titular das ações sujeitas a amortização. Designadamente quando ela se baseie (estatutariamente) no arrolamento, arresto ou penhora das ações, ou na insolvência do acionista¹⁴.

2.2. O artigo 347.º nada diz acerca dos critérios para a fixação do valor da contrapartida que a sociedade deve pagar pela amortização das ações. Mas, no caso de amortização *imposta*, o contrato de sociedade tem de estabelecer o ou os critérios¹⁵ – assim resulta do n.º 4 desse artigo (deve o contrato social «fixar todas as condições essenciais para que a operação possa ser efetuada»; compete ao órgão de administração declarar que «as ações são amortizadas nos termos do contrato e dar execução ao que para o caso estiver disposto»).

A lei, já se vê, concede *amplo campo de liberdade às estipulações estatutárias*. Podem os estatutos prever que o montante da contrapartida corresponde, por exemplo, ao valor real das ações calculado por um ROC, ou à soma dos valores nominais das ações amortizadas (ou à soma dos valores fracionais, se as ações não tiverem valor nominal) ou ao valor (proporcional) que resulte do último balanço aprovado.

Estes últimos critérios, ainda quando conduzam a uma contrapartida inferior ao valor (de liquidação) real ou pleno das ações, são justificáveis pela autonomia estatutária, a sustentabilidade da sociedade, a prevenção de dificuldades e litígios na avaliação, a prevenção de comportamentos ou situações indesejáveis dos acionistas...¹⁶ Porém, casos existirão em que a diferença entre o valor integral-legal das ações e o

¹² Cfr. o artigo 347.º, 7, a) – apesar da redação dúbia, que vem do artigo 36.º, 1, d), da 2.ª Diretiva (v. agora o artigo 79.º, 1, d), da Diretiva de 2017).

¹³ Admitindo latamente a amortização gratuita, v. JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 332-333, RAÚL VENTURA, *Estudos...*, p. 505-506, SOARES DA FONSECA, *ob. cit.*, p. 1156, JÉSSICA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 196-197. Admitindo-a restritivamente, v. CAROLINA CUNHA, «Artigo 347.º», em *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. Coutinho de Abreu), vol. V, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 869-870.

¹⁴ À semelhança do que sucede quanto à amortização de quotas (artigo 235.º, 2).

¹⁵ Para factos fundantes da amortização diferentes podem os estatutos estabelecer critérios diversos.

¹⁶ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Retalhos (jurídicos) sem cosedura», *DSR* 22 (2019), p. 30-31.

valor resultante dos estatutos é de tal modo (imprevistamente) desproporcionada (em prejuízo do titular das ações amortizadas) que se impõe, por via do abuso do direito, a não aplicação do valor estatutário.

2.3. No caso de amortização *permitida*, compete à assembleia geral «fixar as condições necessárias para que a operação seja efetuada na parte que não constar do contrato» (n.º 5 do artigo 347.º).

Se os estatutos não estipularem qualquer critério para o cálculo da contrapartida, deve concluir-se que ela corresponde ao *valor real ou pleno* das ações amortizadas. Chega-se a este resultado aplicando o (supletivo) princípio-regra do valor integral-legal das participações sociais quando a sociedade tenha de amortizá-las ou de as adquirir ou fazer adquirir por terceiro – valor esse que é proporcional ao pleno valor da sociedade calculado com referência a certo momento segundo um método económico-financeiro adequado¹⁷, ou aplicando por analogia o disposto na al. a) do n.º 1 do artigo 235.º.

Segundo o artigo 105.º, 2 (para que remetem o artigo 235.º, 1, a), e, direta ou indiretamente, vários outros preceitos na base do referido princípio-regra), o cálculo do valor integral-legal das ações amortizadas é feito por um ROC independente designado por acordo entre a sociedade e o (ex-)titular das ações ou, na falta de acordo, por um ROC independente designado pela Ordem respetiva, a solicitação de qualquer das partes. E, segundo o n.º 3 do mesmo artigo, é lícito qualquer das partes requerer segunda avaliação, nos termos dos artigos 1068.º e 1069.º do CPC.

Por conseguinte, é respeitando este quadro procedimental que cabe à sociedade, fixando «as condições necessárias para que a operação seja efetuada na parte que não constar do contrato», promover a determinação da contrapartida da amortização. Contrapartida que, acrescente-se, não tem de ser fixada na deliberação de amortização – ela não faz parte do ato que amortiza as ações, é elemento externo (embora estreitamente conexo) à extinção das ações¹⁸.

¹⁷ Este «princípio geral» é obtido por indução lógico-generalizadora de várias normas do CSC – v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 220-221.

¹⁸ Neste sentido, relativamente embora à amortização compulsiva de quotas, v. EVARISTO MENDES, «Deliberações que fixam o valor das participações sociais. Impugnação – I», em *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 77-78.

3. RESSALVA DO CAPITAL?

3.1. Sob a epígrafe «ressalva do capital», o artigo 236.º impede a amortização de quotas (nas sociedades por quotas) quando o património líquido da sociedade não cubra o valor da contrapartida devida; quando, dizendo de outra maneira, o património social líquido seja, ou ficasse, inferior à soma do capital e da reserva legal, desrespeitando o chamado princípio da intangibilidade do capital social (e da reserva legal).

Valerá o mesmo para a amortização de ações com redução do capital? Há quem diga que sim¹⁹ e quem diga que não²⁰.

O não deve prevalecer. O artigo 346.º, 1, *in fine* (em linha com o artigo 78.º, b), da Diretiva de 2017), salvaguarda expressamente a intangibilidade do capital relativamente à amortização-reembolso; nada de similar aparece no artigo 347.º (alinhado com o artigo 79.º da Diretiva). E resulta da al. b) do n.º 7 do artigo 347.º (tal como da al. d) do n.º 1 do artigo 79.º da Diretiva), por argumento *a contrario*, a possibilidade de amortizar ainda que a sociedade não tenha reservas disponíveis cobrindo o montante da contrapartida²¹.

Contudo, se não houver essas reservas disponíveis, aplica-se o disposto no artigo 96.º para tutela dos credores sociais. Estes, se não virem os seus créditos satisfeitos ou adequadamente garantidos, podem requerer ao tribunal que a distribuição de reservas ou dos lucros de exercício seja temporariamente proibida ou limitada – v., para mais, os n.ºs 1 a 3 do artigo 96.º do CSC e o artigo 1058.º do CPC.

O n.º 7 do artigo 347.º remete, não para o artigo 96.º, mas para o artigo 95.º. Porque o legislador (apressado uma vez mais) que, pelo DL 8/2007, de 17 de janeiro, alterou os artigos 95.º e 96.º, não deu conta da

¹⁹ RAÚL VENTURA, *Estudos...*, p. 505, parece (quando afirma que é deixada liberdade ao contrato de sociedade para fixar a contrapartida, «desde que se contenha na importância deixada livre para esse efeito pela redução do capital»), seguido por CAROLINA CUNHA «Artigo 347.º» cit., p. 869; SOARES DA FONSECA, *ob. cit.*, p. 1156, e, mais desenvolvidamente, JÉSSICA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 198, s. (na nt. 68, a A. dá a entender que defendo o mesmo; mas, na página citada do *Curso* refiro-me tão só à amortização de quotas).

²⁰ JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 333 (mas a justificação – a amortização de ações envolve «uma redução do capital proporcional às ações amortizadas» – é insuficiente; o valor da contrapartida pode ser superior ao montante da redução do capital e, independentemente disso, o património líquido depois da redução tanto pode ser superior como inferior ao capital) e P. TARSO DOMINGUES, *O financiamento societário pelos sócios (e o seu reverso)*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 462, 466.

²¹ Assim também TARSO DOMINGUES, *ob. cit.*, p. 466.

necessidade de alterar a remissão. Ao comando do artigo 75.º da Diretiva codificadora, para que remete o artigo 79.º, 1, d), corresponde agora o artigo 96.º do CSC, não o artigo 95.º²².

4. AMORTIZAÇÃO IMPOSTA (ESPECIFICIDADES)

4.1. O contrato de sociedade deve «fixar todas as condições essenciais para que a operação possa ser efetuada» (artigo 347.º, 4).

Devem, pois, os estatutos estabelecer o ou os factos fundantes da amortização, o valor da contrapartida ou o modo de o calcular, o prazo e a forma de a pagar.

4.2. Compete ao órgão de administração decidir/deliberar, «nos 90 dias posteriores ao conhecimento que tenha do facto, que as ações são amortizadas nos termos do contrato e dar execução ao que para o caso estiver disposto» (2.ª parte do citado n.º 4 do artigo 347.º).

Quando o órgão seja plural (conselho de administração), o conhecimento «existe logo que dele comungue a maioria dos membros necessária à formação da deliberação»²³, ou é suficiente o conhecimento de um dos membros do conselho – por aplicação analógica do artigo 234.º, 2²⁴ ou aceitando o princípio de que o conhecimento de um dos administradores é imputável à sociedade? Este *segundo entendimento* (basta o conhecimento por um, que tem o dever de o comunicar aos demais) *parece preferível*.

Sob pena de *caducidade*, o órgão de administração deve declarar dentro de 90 dias depois do conhecimento que as ações são amortizadas. Convém lembrar que o conhecimento a partir do qual se inicia este prazo varia consoante a natureza do «facto» que fundamenta a

²² E nem sequer é aplicável o n.º 1 do artigo 95.º. Além de a aplicação deste preceito poder colidir com o regime propugnado *supra*, no n.º 3.1., não é apropriado dizer-se que a redução do capital causada pela amortização de ações é «deliberada» pelos sócios (v. *infra*, n.º 6). No entanto, vários autores referem neste contexto não só o artigo 96.º, mas também o artigo 95.º, 1: JOANA T. EREIO, «A redução do capital social – Dúvidas sobre o regime legal aplicável (em especial, a redução de capital para amortização de participações sociais)», *AJUM* (Actualidad Jurídica Uría Menéndez) 34 (2013), p. 85, TARSO DOMINGUES, *ob. cit.*, p. 464, 466, JÉSSICA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 198-199.

²³ JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 334-335, nt. (1), mencionando embora a hipótese de bastar o conhecimento por algum elemento da administração.

²⁴ Tende para esta solução CAROLINA CUNHA, *últ. ob. cit.*, p. 872, nt. 26.

amortização: conhecimento do facto singular e instantâneo, do último facto repetido ou sucessivo, do prosseguimento ou da cessação do facto continuado, ou do último facto componente (ou parcelar) do facto complexo²⁵.

Além de declarar a amortização, deve o órgão de administração «dar execução ao que para o caso estiver disposto». Designadamente, deve promover o registo da amortização (e redução do capital)²⁶, sem prejuízo de a comunicar ao(s) acionista(s) afetado(s) e pagar a contrapartida (quando devida).

5. AMORTIZAÇÃO PERMITIDA (ESPECIFICIDADES)

5.1. Neste caso compete aos sócios deliberar a amortização dentro do prazo fixado nos estatutos (não superior a um ano) ou no prazo de seis meses a contar da ocorrência do facto ou factos que fundam a amortização.

Os factos (singulares ou continuados, etc.), já sabemos, têm de estar definidos nos estatutos (artigo 347.º, 3). Os critérios para determinar a contrapartida podem lá estar; se não estiverem, vimos já também (*supra*, n.º 2.3.), há que pagar o valor real ou pleno das ações amortizadas. Se o prazo e a forma de pagamento da contrapartida não estiverem regulados nos estatutos, cabe à deliberação dos sócios fazê-lo (cfr. o artigo 347.º, 5).

5.2. A deliberação de amortização deve ser adotada com a maioria (em geral qualificada) prevista no artigo 386.º, 3 e 4, ou basta a maioria simples dos votos emitidos (artigo 386.º, 1)?

²⁵ A propósito desta última hipótese, é interessante recordar a história do n.º 2 do artigo 234.º – «A deliberação [de amortização de quota] deve ser tomada no prazo de 90 dias, contados do conhecimento por algum gerente da sociedade do facto que permite a amortização.» Escreveu RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas* cit., p. 717: «Alguns anteprojectos [o de Vaz Serra e o de Raúl Ventura] previam a hipótese de o facto permissivo ser complexo e propunham que o prazo se contasse da data do conhecimento pelo gerente do último facto parcelar verificado. Não foi isso introduzido na nova lei porque, por um lado, considerou-se inútil, não podendo ser outro o regime quando a amortização dependa de facto complexo (...).»

²⁶ CRCom., artigos 3.º, 1, j), r), 15.º, 1.

Alguns autores, porque a deliberação de amortização altera o contrato de sociedade, reduzindo o capital, vão pela primeira alternativa²⁷.

Mas devemos ir pela segunda. É certo que a amortização «implica sempre a redução do capital da sociedade» (artigo 347.º, 2); e a redução do capital é alteração do contrato de sociedade. Todavia, a redução é «implicação» ou consequência necessária da deliberação de amortização, e esta não visa diretamente alterar os estatutos, e não há uma consequente deliberação de redução do capital²⁸, nem podem os sócios optar entre a redução e outras soluções (ao invés do que sucede na amortização de quotas – artigo 237.º). Por outro lado, o n.º 2 do artigo 79.º da Diretiva codificadora afasta expressamente a aplicação dos artigos 73.º (1.º parágrafo) e 83.º, que prescrevem maioria (em geral) qualificada²⁹.

5.3. Pode o titular das ações sobre cuja amortização se delibera exercer o direito de voto?

O princípio é os acionistas com direito de voto participarem plenamente nas deliberações dos sócios; as restrições – no caso, a proibição de votar – são excepcionais e têm de estar previstas na lei: artigo 21.º, 1, b). Ora, nem o artigo 347.º, nem o artigo 384.º, 6 preveem o impedimento de voto nas deliberações de amortização de ações³⁰.

Não obstante, parece razoável admitir o *impedimento do voto por conflito de interesses* quando o fundamento da amortização (estipulado estatutariamente) seja um *comportamento contrário à lei ou ao contrato*

²⁷ JOÃO LABAREDA, *ob. cit.*, p. 330, RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 507 (mas v., diferentemente, p. 504), ARMANDO TRIUNFANTE, *ob. cit.*, p. 269-270, SOARES DA FONSECA, *ob. cit.*, p. 1157, A. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2022, p. 59.

²⁸ V. *infra*, n.º 6.

²⁹ V. neste sentido COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 396, CAROLINA CUNHA, *ob. cit.*, p. 873, TARSO DOMINGUES, *ob. cit.*, p. 466, JOANA EREIO, *ob. cit.*, p. 87 (mas a A. distingue aí entre deliberação de amortização, que não exige maioria especial, e deliberação de redução do capital que efetive a amortização – cfr. p. 84, nt. 98), JÉSSICA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 203, s.

³⁰ Na Alemanha, com fundamentação semelhante, uma corrente doutrinal advoga o não impedimento de voto – v., com indicações, KOCH, *ob. cit.*, Rn. 23a ao § 237 (acrescenta o A. a possibilidade de os acionistas que votaram a favor da proposta de amortização não aprovada por força dos votos do acionista cujas ações se pretendia amortizar pedirem a anulação da deliberação com fundamento na violação do dever de lealdade deste acionista).

de sociedade gravemente perturbador do funcionamento da sociedade. Aplicar-se-á por analogia o artigo 251.º, 1, d)^{31 32}.

A talho de foice: mais fácil é admitir o impedimento de voto do administrador titular das ações a amortizar em caso de amortização imposta (artigo 347.º, 4), sendo então aplicável o artigo 410.º, 6.

6. CONCOMITÂNCIA DA DELIBERAÇÃO DE AMORTIZAÇÃO E DA REDUÇÃO DO CAPITAL

6.1. A amortização de ações, imposta ou permitida, «implica sempre a redução do capital da sociedade, extinguindo-se as ações amortizadas na data da redução do capital» (artigo 347.º, 2).

Sendo a redução do capital uma implicação ou efeito necessário da decisão ou deliberação de amortização, *ela não necessita de qualquer outra (autónoma) deliberação*; a amortização das ações e a redução do capital são efeitos concomitantes ou simultâneos de uma única causa: a decisão ou deliberação de amortização.

Porque o capital social é, em regra, uma cifra representativa da soma dos valores nominais das participações sociais fundadas em entradas em dinheiro e/ou em espécie, a redução do capital por efeito da amortização traduz-se em uma simples *operação aritmética*: basta subtrair ao capital social a soma dos valores nominais das ações amortizadas³³.

Portanto, à decisão-deliberação de amortização (imposta) feita pelo órgão de administração não se segue uma deliberação dos sócios de redução do capital; à deliberação de amortização (permitida) adotada pelos sócios não se segue uma (autónima) deliberação de redução do capital³⁴.

³¹ Assim também JÉSSICA FERREIRA, *ob. cit.*, p. 205-206. Em casos tais pode falar-se de amortização-exclusão (COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 418).

³² A doutrina alemã maioritária propugna o impedimento de voto quando exista um «fundamento importante» ligado à pessoa do acionista cujas ações se pretende amortizar – v., com indicações neste e em outro sentido, MARSCH-BARNER/MAUL, em SPINDLER/STILZ, *Aktiengesetz*, Band 2, 4. Aufl., Beck, München, 2019, Rn. 24 ao § 237.

³³ Se as ações não tiverem valor nominal, subtrai-se ao capital social a soma dos valores fracionais das ações amortizadas.

³⁴ Diz ia RAÚL VENTURA, *ob. cit.*, p. 510-511: «Solução prática e tecnicamente correcta será esta: a redução do capital e a amortização das ações ocorrem *simultaneamente*, apro-

6.2. As ações amortizadas consideram-se extintas «na data da redução do capital» (2.^a parte do n.º 2 do artigo 347.º).

Até à reforma de 2006 (DL 76-A/2006, de 29 de março), o n.º 3 do artigo 85.º do CSC prescrevia que a alteração do contrato de sociedade devia, em regra, ser «consignada em escritura pública». Correlativamente, dizia o n.º 2 do artigo 347.º que «as ações amortizadas extintuem-se na data da escritura de redução do capital».

Depois daquela reforma, a situação alterou-se. Diz agora o n.º 3 do artigo 85.º: «A alteração do contrato de sociedade deve ser reduzida a escrito.» E acrescenta o n.º 4: «Para efeitos do disposto no número anterior, é suficiente a ata da respetiva deliberação (...).»

Por conseguinte, sendo a deliberação de amortização simultaneamente de redução do capital social, e devendo ela ser lançada em ata³⁵, *a data da redução do capital é, para dar sentido útil à (agora pouco curial) 2.^a parte do n.º 2 do artigo 347.º, a data da ata da deliberação de amortização/redução.*

Em suma, para efeitos internos – em relação à sociedade e aos sócios –, as ações amortizadas consideram-se extintas na data da ata relativa à deliberação de amortização das ações e de (consequente e simultânea) redução do capital social. E sem necessidade de qualquer registo comercial.

O registo da deliberação de amortização e da correspondente redução do capital é requisito de eficácia (só) em relação a terceiros – v. o artigo 14.º, 1, do CRCCom.

7. PARA LÁ DO ARTIGO 347.º

7.1. Segundo o artigo 347.º, os factos que fundamentam (diretamente) a amortização estão previstos nos estatutos sociais. Mas há casos de amortização por força (direta) da lei. Fica aqui uma referência breve.

Diz o artigo 25.º do CVM que as ações emitidas, em aumento do capital, por uma sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado constituem uma «categoria autónoma» pelo

veitando-se para a segunda um facto [a escritura pública, então exigida] que, pelos princípios gerais, é indispensável para a primeira.»

³⁵ Cfr o artigo 37.º do Código Comercial.

prazo de 30 dias contados da deliberação do aumento, ou até ao trânsito em julgado da decisão judicial de anulação ou de declaração de nulidade da deliberação proposta dentro daquele prazo.

Adita o artigo 26.º que a anulação (ou, deve acrescentar-se, a declaração de nulidade) da deliberação de aumento do capital «determina a amortização das novas ações, se estas tiverem sido objeto de admissão à negociação em mercado regulamentado» (n.º 1); a contrapartida devida «corresponde ao valor real das ações, determinado, a expensas da sociedade, por perito qualificado e independente designado pela CMVM» (n.º 2).

Tratar-se-á, portanto, de *amortização imposta*. É dever do órgão de administração declarar que aquelas ações são amortizadas, solicitar que o valor real das mesmas seja calculado e (pela sociedade) pagar a contrapartida (v. o n.º 4).

7.2. Na L 89/2017, de 21 de agosto, o artigo 4.º, epígrafado «registo do beneficiário efetivo», manda que as sociedades mantenham um registo atualizado dos elementos de identificação dos sócios («formais» e «materiais»). E o artigo 5.º, depois de impor aos sócios a obrigação de informarem a sociedade sobre qualquer alteração dos elementos de identificação referidos no artigo 4.º, prescreve no n.º 3: «O incumprimento injustificado do dever de informação pelo sócio (...) permite a amortização das respetivas participações sociais, nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais (...), designadamente nos seus artigos 232.º [amortização de quotas] e 347.º.»

Temos agora uma amortização de ações *permitida* a que se aplica, com adaptações, o artigo 347.º, 5 a 7³⁶.

8. AMORTIZAÇÃO DE AÇÕES: VIA ÚNICA PARA A EXCLUSÃO DE ACIONISTAS?

8.1. Resposta afirmativa à questão é dada por alguns autores (sem prejuízo de admitirem um ou outro caso de exclusão com base em dis-

³⁶ No mesmo sentido, v. M. ELISABETE RAMOS, «Controlo de identidade dos sócios – alguns problemas recentes», em *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 95.

posição legal específica para as sociedades anónimas, ou em cláusula estatutária)³⁷ e pela jurisprudência³⁸.

O carácter essencialmente capitalístico do tipo sociedade anónima opor-se-ia à admissibilidade de aplicação (por via da analogia ou outra) de um preceito como o do artigo 242.º, próprio do tipo sociedade por quotas.

Esta conceção desconsidera a existência de vasos comunicantes entre os tipos legais (abertos) de sociedades e, mais ainda, entre os «tipos reais» de sociedades³⁹. E não cura de buscar no sistema jurídico-societário uma resposta, que ele tem de dar, para situações em que é insustentável manter – apesar da ausência de uma cláusula estatutária de amortização – a relação de socialidade com alguém que se comporta deslealmente e impede o normal funcionamento da sociedade.

8.2. Também na Alemanha se negou, em jurisprudência e doutrina mais antigas, a possibilidade de um acionista ser excluído por «fundamento importante» na ausência de cláusula estatutária de amortização. Mas, tendo em conta, também, o progressivo alargamento da doutrina do dever de lealdade dos acionistas⁴⁰, hoje predomina a conceção oposta⁴¹.

³⁷ V. P. PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 354-355, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, II, Almedina, Coimbra, 2006, p. 602, P. OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 543-544, ou «Sintonia e discrepâncias jus societárias com Coutinho de Abreu», em *Diálogos com Coutinho de Abreu – Estudos oferecidos no aniversário do professor* (organ. A. SOVERAL MARTINS, P. TARSO DOMINGUES, CAROLINA CUNHA, M. ELISABETE RAMOS, RICARDO COSTA E RUI P. DIAS), Almedina, Coimbra, 2020, p. 750, s., em especial 754-755.

³⁸ Acs. da RP de 28/6/2010 (proc. 202/08.1TYVNG.P1), da RL de 9/3/2017 (proc. 1297/15.7T8VFX.L1-8) e da RE de 27/10/2022 (proc. 878/18.1T8OLH.E1).

³⁹ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 65, s., 89, nt. 147.

⁴⁰ Cfr., entre nós, COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, p. 298, s. e nt. 724, e, desenvolvidamente, A. TEIXEIRA GARCIA, «O (re)surgimento do dever de lealdade no direito alemão da sociedade por ações», *DSR* 23 (2020), p. 99, s.

⁴¹ V. p. ex. JÜRGEN OECHSLER, em *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 4, 5. Aufl., 2021, Rn. 56 ao § 237, e KOCH, *ob. cit.*, Rn. 15.

8.3. Igualmente em Portugal é hoje dominante a doutrina sustentando (na maioria das vezes por via da aplicação analógica do artigo 242.º) a possibilidade de os acionistas serem excluídos independentemente da existência de uma cláusula estatutária sobre a amortização de ações⁴².

Penso que a questão ainda não subiu ao STJ. Em A Revista sua deixo alguns sinais.

⁴² V. L. MENEZES LEITÃO, *Pressupostos de exclusão de sócio nas sociedades comerciais*, AAFDL, Lisboa, 1988, p. 97-98, L. BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 2.º vol. – *Sociedades comerciais*, AAFDL, Lisboa, 1989, p. 483-484, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 417-418, ou «Retalhos...», p. 28-29, PEREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 163, CAROLINA CUNHA, *ob. cit.*, p. 643, s., JULIANO FERREIRA, *O direito de exclusão do sócio na sociedade anónima*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 154, ss., J. TAVEIRA DA FONSECA, «Suspensão e destituição dos membros dos órgãos de administração das sociedades por quotas e anónimas», em *V Congresso Direito das Sociedades em Revista* cit., p. 278, TARSO DOMINGUES, *ob. cit.*, p. 464, D. COSTA GONÇALVES, «Breves notas sobre o governo das sociedades familiares», *ROA* (Revista da Ordem dos Advogados), 2021, p. 48. DANIELA BAPTISTA, «Direito de exclusão: fundamento e admissibilidade nas sociedades anónimas», em *Direito comercial e das sociedades – Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, UCP, Lisboa, 2012, p. 420, s., recusa a analogia, mas acaba por chegar a resultado similar (p. 425-426).

O Talak nos tribunais portugueses

RUI MANUEL MOURA RAMOS

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RESUMO: O presente texto analisa os termos em que recentemente teve lugar, nos nossos tribunais, o tratamento do instituto do *talak* (conhecido no direito islâmico), quando a eles foram apresentados, no quadro do processo de revisão de sentenças estrangeiras, actos estrangeiros (designadamente judiciais) em que havia tido lugar a sua aplicação. Depois de descrever as situações e os actos em causa, assim como as decisões dos tribunais portugueses que os tiveram por objecto, o estudo detém-se sobre o enquadramento daqueles actos no referido processo para considerar em seguida a eficácia que, a título principal como a título incidental, se lhes pretendia reconhecer. A este propósito, dá-se especial relevância ao fundamento geralmente utilizado para pôr em causa aquele reconhecimento, isto é, a violação da ordem pública internacional do Estado Português, discutindo-se a possibilidade de se limitar a sua aplicação.

ABSTRACT: This text analyses the terms under which the institute of *talak* (known in Islamic law) has recently been handled in our courts when foreign acts (namely judicial acts) in which it has been applied were presented to the courts as part of the process of reviewing foreign judgments. After describing the situations and the acts in question, as well as the decisions of the Portuguese courts that addressed them, the study focuses on the integration of those acts into the aforementioned process in order to subsequently consider the effectiveness that was intended to be recognised as their main or incidental effect. In this regard, special relevance is given to the grounds commonly used to challenge such recognition, namely, the violation of the international public order of the Portuguese State, and the possibility of limiting its application is under discussion.

1. Introdução. Recentemente, em dois processos diferentes, os tribunais portugueses foram confrontados com o tratamento de situações

que tinham sido conformadas por um instituto particular (o *talak*¹), pertencente de resto a uma família jurídica² que apresenta profundas diferenças com aquela em que se insere o sistema jurídico pátrio. Em ambos os casos, os nossos órgãos jurisdicionais eram chamados a equacionar o pedido de reconhecimento de efeitos em Portugal a uma declaração proferida perante um notário em que o marido, através da repetição de uma fórmula, repudiava a mulher. Tratava-se de actos que se apresentavam porém em termos substancialmente diferentes daqueles que em geral surgem no processo (especial) de revisão de sentença estrangeira³, uma vez que não constituíam verdadeiros actos jurisdicionais (como na grande maioria dos casos sucede)⁴ mas (designadamente num dos casos) actos privados, na circunstância actos de dissolução da relação matrimonial praticados perante terceiros (no caso perante um notário) pelo cônjuge marido, ou seja, de repúdio da mulher, no quadro do *talak*⁵ reconhecido pelo direito islâmico.

¹ Trata-se de uma modalidade de divórcio (o *Bayen Talak*) que permite que, no casamento, o marido ponha termo à relação matrimonial através da pronúncia perante terceiros, designadamente um notário, de uma declaração (o *Talak*) que produz aquele efeito. De acordo com a *Sharia* (a lei islâmica), essa declaração é irrevogável e constitui uma prerrogativa exclusiva do marido, significando, em relação ao respectivo cônjuge, que «A partir de hoje ela já não será minha mulher e eu não serei seu marido».

Nos nossos quadros jurídicos, poderíamos dizer que se trata assim de uma modalidade de divórcio através do repúdio da mulher pelo marido.

² O direito islâmico. Sobre este sistema, cfr., entre outros, RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Direito Comparado*, Lisboa, 1972, Editora Meridiano, p. 499-531, MARIO G. LOSANO, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, Lisboa, 1978, Editorial Presença, p. 167-189, ÉRIC AGOSTINI, *Droit Comparé*, Paris, 1988, Presses Universitaires de France, p. 43-74, HENRI DE WAEL, *Le droit musulman. Nature et évolution*, Paris, 1989, C.H.E.A.M., MICHAEL BOGDAN, *Comparative Law*, 1994, KLUWER, Norstedts Juridisk, p. 220-228, e *Concise Introduction to Comparative Law*, Groningen, 2013, Europa Law Publishing, p. 169-177, e, entre nós, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, vol. I, 3.ª Edição, revista e actualizada, Coimbra, 2014, Almedina, p. 345-381.

³ Hoje regulado nos artigos 978.º a 985.º do Código de Processo Civil (de ora em diante, também CPC).

⁴ Para situações distintas em que são apresentados a revisão outros actos desprovidos de carácter jurisdicional, cfr. as espécies a que se refere a anotação que publicámos ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 2019, sob o título «Reconhecimento em Portugal de acto (escritura pública) declaratório de união estável de direito brasileiro», in *Lex Familiae*, Ano 18 (Janeiro-Junho de 2021), N.º 35, p. 105-123.

⁵ Sobre esta figura, cfr. as indicações fornecidas por MARIO LOSANO, *Os Grandes Sistemas Jurídicos* (cit. supra, nota 2), p. 173-175, ERIC AGOSTINI, *Droit Comparé* (cit. supra, nota 2), p. 65-69, e PETER STONE, *The Conflict of Laws*, London, 1995, Longman, p. 70-72.

Creemos que a relativa novidade destas hipóteses⁶ justifica que sobre elas nos detenhamos um pouco; começaremos por resumir brevemente o essencial das duas situações, salientando as diversas tomadas de posição das instâncias jurisdicionais que se pronunciaram (I)⁷, e que comentaremos em seguida (II), para terminar com algumas notas conclusivas (III).

2. As espécies jurisprudenciais consideradas: os factos e a posição sobre eles tomada pelas instâncias jurisdicionais. Na primeira das situações que consideraremos (decidida por um acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa a 19 de Novembro de 2019⁸), estava em questão o reconhecimento de um acto notarial datado de 24 de Setembro de 2017 (certificando uma declaração ajuramentada proferida perante um notário) em que, no Bangladesh, um dos cônjuges (o marido) proferiu repetidamente⁹ perante a mulher a expressão «*Bayen Talak*»¹⁰, com o que poria termo ao vínculo matrimonial proveniente de um casamento religioso celebrado em 26 de Janeiro de 2011 e de que tinham resultado

⁶ A novidade é relativa uma vez que os nossos tribunais se haviam já defrontado com esta problemática, ao menos no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de Outubro de 2007 (relatado pelo Desembargador JORGE LEAL e igualmente subscrito pelos Desembargadores NELSON CARNEIRO e AMÉRICO MARCELINO), sobre o qual recaiu a anotação concordante de MARIANA MADEIRA DA SILVA DIAS, «O reconhecimento do repúdio islâmico pelo ordenamento jurídico português: a excepção de ordem pública internacional», *in* *Julg*, n.º 23 (2014), p. 293-315. Mas a plasticidade do instituto em causa e a forma como aparece nos países que o consagram fez com que as questões se possam ter apresentado em termos algo diversos.

⁷ O Tribunal da Relação de Lisboa, primeiro, e o Supremo Tribunal de Justiça, em seguida.

⁸ Relatado pela Desembargadora AMÉLIA ALVES RIBEIRO e igualmente subscrito pelos Desembargadores DINA MONTEIRO e LUÍS ESPÍRITO SANTO.

⁹ Por «uma, duas ou três vezes», segundo o acórdão.

¹⁰ «A partir de hoje ela não será minha mulher e eu não serei seu marido». Nos termos da Secção 7 da Lei de Família Muçulmana de 1961, na altura vigente no Bangladesh, estabelece-se que o divórcio concedido pelo marido não produzirá efeitos até que este o tenha comunicado ao presidente da unidade administrativa local (na circunstância, a Union Parishad), e tenham decorrido noventa dias após a emissão da dita notificação. Dentro deste período o marido pode revogar o divórcio. O marido também deve dar uma cópia da referida comunicação à esposa. Após receber a comunicação, o presidente da unidade administrativa em causa constituirá o Conselho de Arbitragem para tentar uma reconciliação que, se for bem sucedida, tornará o divórcio ineficaz. Porém, o conselho de arbitragem não pode impedir o *talaq* por parte do marido.

dois filhos, nascidos respectivamente a 18 de Março de 2012 e 15 de Outubro de 2014. Notificado pessoalmente à mulher o pedido de revisão e confirmação, este não seria objecto de oposição por parte desta, e colheria também o parecer favorável do Ministério Público.

Na sua decisão, o Tribunal da Relação apesar de ter enunciado como questões a decidir as de «saber se: (i) o divórcio com carácter definitivo, baseado na declaração unilateral de repúdio por parte do marido, efectuada ao abrigo da Lei Islâmica no Bangladesh, se contém no âmbito da (...) alínea e) do artigo 980.º CPC; (ii) se a ordem pública internacional do Estado Português obsta ao divórcio em causa» não deixou de considerar a título prévio o problema de indagar se, ao referir-se sempre a uma decisão, o referido artigo 978.º abarcaria o acto sujeito a confirmação. E, a este respeito, sufragou expressamente o entendimento de que as decisões a que se refere esta disposição não tinham necessariamente de ter natureza judicial, podendo provir de entidades de carácter administrativo, louvando-se na circunstância de, desde logo no nosso direito, o divórcio por mútuo consentimento poder ser decretado por uma autoridade com esta natureza (o conservador do registo civil)¹¹. Mas acrescentou que no caso não estava em causa uma decisão, mas sim uma declaração unilateral, proferida pelo requerente da revisão, perante um notário, recordando a propósito que «a orientação mais recente da jurisprudência do STJ, tem entendido que apenas as decisões, e não também as declarações, podem ser revistas»¹². E sublinhou que **«o particularismo deste caso reside em que não se trata de uma decisão, mas sim (...) de uma declaração unilateral, proferida pelo próprio requerente, perante o notário, à margem de qualquer processo judicial ou procedimento administrativo, no âmbito do qual tenha sido viabilizado o exercício do princípio do contraditório»**¹³. Para concluir que «o documento prova que o requerente (e só ele) fez a declaração de repúdio, perante o notário, sem demonstrar a observância de qualquer procedimento, sem a intervenção do cônjuge mulher e sem que tenha sido emitido qualquer juízo, ainda que de carácter homologatório, por parte da entidade administrativa responsável pelo

¹¹ Cfr., por exemplo, GUILHERME DE OLIVEIRA (com a colaboração de RUI MOURA RAMOS), *Manual de Direito da Família*, 2.ª Edição, Coimbra, 2021, Almedina, p. 296-302.

¹² Para uma apreciação dessa jurisprudência e da questão jurídica que deu lugar ao seu desenvolvimento, cfr. MOURA RAMOS, «Reconhecimento em Portugal de acto (escritura pública) declaratório de união estável de direito brasileiro», (*cit. supra*, nota 4), p. 105-133, e, mais recentemente, ISABEL ALEXANDRE, *Direito Processual Civil Internacional*, Lisboa, 2023, AAFDL Editora, p. 295-306.

¹³ Sublinhado nosso.

acto», o que constituiria razão bastante para colocar «a pretendida revisão fora da cobertura do artigo 980.º do CPC».

Sem embargo de ter alcançado esta conclusão, o acórdão prosseguiria, no que discursivamente deve entender-se constituir um *obiter dictum*, apesar da importância dada a esse desenvolvimento na decisão, verificando, «por cautela, os demais requisitos legais»¹⁴, e adiantando desde logo que as exigências contidas nalguns deles não autorizavam que a pretensão do requerente¹⁵ fosse satisfeita.

Assim, e a propósito da alínea e) do artigo 980.^{o16}, onde são acolhidos os princípios do contraditório e da igualdade que integram a estrutura do processo, o tribunal entendeu que o princípio do contraditório fora violado uma vez que «o divórcio operou através de um procedimento que é independente da intervenção da mulher [e] desconsidera a possibilidade de intervenção/defesa por parte desta, pois a requerida não desfrutou de qualquer oportunidade de manifestar oposição à dissolução do casamento»; e concluiu também pela violação do princípio da igualdade (na vertente da igualdade de armas) uma vez que o divórcio havia operado «por declaração exclusiva do marido perante uma entidade administrativa à margem de um procedimento contraditório, nesse acto, fica[ndo] afastada a possibilidade de um tratamento igualitário entre os cônjuges, em detrimento, claro está, de um deles».

Analisando depois a questão da ordem pública internacional¹⁷, o tribunal salientou a desconsideração total da mulher no procedimento de divórcio (que, como vimos, implicara já a violação do contraditório e da igualdade de armas)¹⁸, e a total omissão de qualquer indício de terem

¹⁴ Na circunstância, as constantes das alíneas e) e f) do artigo 980.º, uma vez que considerou ultrapassada, por não estar em causa uma sentença judicial, a questão do respeito das exigências formuladas nas quatro primeiras alíneas daquele artigo.

¹⁵ Na circunstância, o marido autor da declaração de repúdio.

¹⁶ Nos termos da qual se exige, para o reconhecimento, «que o réu tenha sido regularmente citado para a acção, nos termos da lei do país do tribunal de origem e que no processo hajam sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes».

¹⁷ Recorde-se que a alínea f) do artigo 980.º exige que a sentença confirmanda «não contenha decisão cujo reconhecimento conduza a um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português».

¹⁸ Na decisão a que nos referimos *supra*, na nota 6, apenas foi analisada a violação da alínea f) (desrespeito da ordem pública internacional do Estado Português), tendo a este propósito sido discutida a violação do princípio da igualdade, que o tribunal considerou integrar a ordem pública internacional do Estado Português. Entendeu, porém, inexistir,

sido acautelados os interesses da família em que avultam os direitos/interesses das crianças menores filhas do casal – o que envolve a violação dos normativos referentes à protecção desses mesmos direitos.

A propósito daquele primeiro aspecto, e não olvidando que este mecanismo não pode deixar de ser entendido de forma restritiva¹⁹, o tribunal, após uma extensa indagação de índole comparatística, em especial no domínio do direito francês²⁰ e do direito espanhol²¹, e sem deixar de

no caso concreto, violação deste princípio.

¹⁹ Cfr. por exemplo o que escrevemos em MOURA RAMOS, «Reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e ordem pública internacional», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146.º, N.º 4003 (Março-Abril 2017), p. 267-306.

²⁰ Para a posição deste sistema jurídico são particularmente importantes cinco acórdãos proferidos pela *Cour de Cassation* em 17 de Fevereiro de 2004 (a propósito, cfr. PATRICK COURBE, «Le rejet des répudiations musulmanes», *Recueil Dalloz*, 2004, p. 815-820), depois dos quais a posição aí consagrada, tal como sintetizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso *D.D. v. França*, de 8 de Novembro de 2005, passou a ser no sentido de que «même si elle résultait d'une procédure loyale et contradictoire, [une] décision constatant une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme (...) est contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du Protocole (...) n.º 7 à la Convention (...) que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international (...)» (ponto 27).

Cfr. também os trabalhos de Paul Lagarde, «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française», in *Nouvelles itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, Bruylant, p. 263-282, e «Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial», in *Privatrecht in Europa. Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans-J. Sonnenberger*, München, 2004, p. 481-496, Marie-Laure Niboyet, «Regards français sur la reconnaissance en France des répudiations marocaines», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 58-1 (2006), p. 27-46, e, mais recentemente, «Les répudiations musulmanes à nouveau sur la salete», *Rev. crit. DIP*, juillet-septembre 2021 (3), p. 662-672, Marie-Claude Najm, «Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s)», in *Droit et Cultures. Revue Internationale Interdisciplinaire*, 59 (2010-1), p. 209-229, e, agora no sistema jurídico helvético, Clara Wack, «La réception du droit musulman dans l'ordre juridique suisse: la reconnaissance des mariages polygames et la répudiation», in *Die Praxis des Familienrechts*, 2019/4, p. 1148-1173.

²¹ Ainda que abordando a questão sobre um ângulo mais geral, cfr. JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Divorcios extranjeros sin Intervención judicial: Práctica del Tribunal Supremo», in *Estatuto Personal y Multiculturalidad de la Familia* (A. L. CALVO CARAVACA/J. L. IRIARTE ÁNGEL), Madrid, 2000, Editorial Colex, p. 39-66, e GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, «Implementation of the Moroccan Family Code by Spanish Authorities to Immigrant Women (Through the "Recognition Method")», in *J Civil & Legal Sciences*, v. 3 (2014),

ter em particular atenção o direito internacional convencional entre nós recebido²² e o direito da União Europeia²³, concluiria que a ordem pública internacional do Estado Português se achava violada pela «desconsideração total de um dos cônjuges no procedimento de divórcio, com violação dos princípios do contraditório e da igualdade de armas».

E, depois de considerar assim a dimensão processual da ordem pública internacional, o tribunal atentaria ainda na sua dimensão material, ao ponderar que a ordem pública internacional do Estado Português sempre se deveria considerar violada pelo facto de «não existir qualquer indício de terem sido acautelados os direitos/interesses das crianças menores filhos do casal», o que implicaria «a violação dos normativos nacionais e internacionais que incorporam princípios referentes à ordem pública internacional do Estado Português atinentes à protecção desses mesmos direitos/interesses». No entender do acórdão, o absoluto silêncio da decisão quanto à situação dos menores filhos do casal e às consequências que sobre eles teria a dissolução da relação matrimonial existente entre os seus progenitores implicaria a total desprotecção dos direitos e interesses daqueles, em termos que contrariariam totalmente os valores comuns que constituem a base da consciência jurídica geral, tal como eles defluem também dos instrumentos de di-

Issue 2, 1000116.

²² Em particular, é referida a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o seu Protocolo n.º 12.

²³ Para além da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 21.º e 23.º, a propósito da igualdade perante a lei), refere-se o artigo 10.º do Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, que garante o respeito do princípio da não discriminação entre os cônjuges por parte da lei aplicável ao divórcio («Sempre que a lei aplicável por força dos artigos 5.º ou 8.º não preveja o divórcio ou não conceda a um dos cônjuges igualdade de acesso ao divórcio ou à separação judicial em razão do seu sexo, aplica-se a lei do foro»); note-se porém que o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 20 de Dezembro de 2017, *Soha Sahyouni contra Raja Mamisch* (processo C-372/16 (*Colectânea*, 2017, p. 988), excluiu a aplicação deste acto legislativo aos divórcios privados, ao determinar que «O artigo 1.º do Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, deve ser interpretado no sentido de que um divórcio resultante de uma declaração unilateral de um dos cônjuges perante um tribunal religioso, como o que está em causa no processo principal, não se insere no âmbito de aplicação material deste regulamento».

reito internacional convencional²⁴, de direito da União Europeia²⁵ e da nossa lei fundamental²⁶.

Com estes fundamentos, o Tribunal da Relação de Lisboa negou a pretendida revisão.

Já na segunda espécie referida, o acórdão do Supremo de 29 de Setembro de 2022²⁷, em que se concluiu também no sentido da improcedência do pedido de confirmação, estava em causa o reconhecimento de uma sentença proferida em 12 de Outubro de 2016 pela *Family Division* do *High Court of Justice* da Inglaterra e País de Gales que, partilhando os bens de um casal que contraíra casamento no Japão em 1969, reconhecia a A (nascida a 17 de Junho de 1945 na República Popular da China, e que adquirira a nacionalidade portuguesa em 5 de Julho de 1993), o direito a um conjunto bens do marido (B) entre os quais se encontravam bens imóveis sitos em Portugal²⁸.

B começou por se opor ao pedido sustentando que a sentença revidenda contrariaria os princípios basilares do Estado de direito e alegando a inexistência de qualquer divórcio entre as partes confirmado no Reino Unido ou em Portugal, salientando existir apenas um divórcio religioso entre as partes (*talak*), decretado de acordo com a *Sharia* em Julho de 2015 nos Emiratos Árabes Unidos.

Tendo solicitado a junção do documento relativo ao divórcio religioso, o Ministério Público veio pronunciar-se no sentido da admissão da revisão.

Na acção que terminou pela sentença revidenda, instaurada em Inglaterra por A a 6 de Janeiro de 2015, começara por ser pedida a declaração do divórcio entre os cônjuges. Em 27 de Fevereiro desse ano,

²⁴ A este propósito, o acórdão refere-se à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (em particular aos seus artigos 18.º e 27.º), à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e ao seu Protocolo n.º 7 (artigo 5.º).

²⁵ Mencionando-se uma vez mais o artigo 23.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

²⁶ Sendo referidos em especial os seus artigos 36.º, 67.º e 70.º.

²⁷ Relatado pelo Conselheiro RIJO FERREIRA e igualmente subscrito pelos Conselheiros CURA MARIANO e FERNANDO BAPTISTA.

²⁸ A e B tinham contraído casamento religioso islâmico no Japão, em 5 de Junho de 1969, no regime de separação de bens, encontrando-se este acto registado em Portugal.

B contestou a competência dos tribunais ingleses²⁹ para a declaração do divórcio e intentou, a 4 de Março seguinte, no Tribunal de Família e Menores de Lisboa uma acção de divórcio contra A. Esta opôs-se à competência dos tribunais portugueses para julgar esta acção, invocando a litispendência com o processo por si iniciado em Inglaterra, o que levou a que por despacho de 27 de Julho de 2016 o processo viesse a ser suspenso até à pronúncia de uma decisão final naquele país, suspensão que seria sucessivamente prorrogada.

Em 8 de Julho de 2015 A foi notificada de que fora proferido em 20 de Março de 2015 um divórcio religioso (*talak*) nos Emiratos Árabes Unidos, com base na *Sharia* (confirmado pelo tribunal da *Sharia* a 23 de Março seguinte), pelo que o juiz inglês declarara em audiência de 30 de Julho desse ano estarem as partes já divorciadas³⁰, «não obstante o facto de o marido ter iniciado uma acção de divórcio em Portugal», tendo então A apresentado um pedido de assistência financeira após divórcio estrangeiro. A decisão final sobre este último pedido seria proferida em 12 de Outubro de 2016, nela se frisando não constituir o processo em questão «uma acção de divórcio mas uma acção patrimonial na sequência de um divórcio estrangeiro», em que o cônjuge requerido tinha tido intervenção, tendo-se submetido ao tribunal sem contestar a respectiva competência³¹. Nesta conformidade, o juiz determinou a transferência da propriedade de diversos bens imóveis (alguns deles sítios em Portugal) para a Requerente e o pagamento a esta de uma quantia em dinheiro. B interpôs recurso desta decisão que não foi admitido, pelo que a sentença se tornou definitiva. Mais tarde, em 19 de Outubro de 2018, a *Family Division* do *High Court of Justice* do Reino Unido proferiria uma decisão em que, *inter alia*, reafirmaria, a propósito do divórcio *talak* pronunciado por B em 20 de Março de 2015 e confirmado pelo tribunal da *Sharia* a 23 de Março seguinte, constituir este, para os tribunais ingleses, um processo de divórcio estrangeiro válido, pelo que o juiz do processo havia concluído na referida audiência final de 12 de Outubro de 2016 que «embora o marido tenha dado entrada de uma acção de divórcio em Portugal, o casamento foi, efectivamente,

²⁹ Invocando que a propositura da acção em Inglaterra visara «defraudar a lei comunitária e portuguesa, provocando artificialmente a competência internacional do tribunal inglês, em violação da ordem pública internacional portuguesa». Ambos os cônjuges tinham, entretanto, adquirido a nacionalidade portuguesa.

³⁰ Uma vez que A não havia contestado o *talak*.

³¹ Diferentemente, B contestara a competência dos tribunais ingleses para a acção de divórcio.

dissolvido pelo processo *talaq* nos Emirados Árabes Unidos a pedido do Requerido».

O Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 29 de Abril de 2021³², sublinhou as particularidades do caso e da sentença revidenda (de 12 de Outubro de 2016), salientando que esta fora proferida numa acção que, iniciada com um pedido de divórcio, passara posteriormente a correr como tendo por objecto um pedido de assistência financeira, configurando uma acção patrimonial na sequência de divórcio estrangeiro³³, por o tribunal ter sido informado de que o casamento havia sido anteriormente³⁴ dissolvido por um divórcio *talak*, confirmado pelo tribunal religioso e não contestado pela Requerente. Na verdade, e como se entendeu na sentença apresentada à revisão, o casamento entre A e B encontrava-se dissolvido, pese embora a circunstância de um dos cônjuges ter iniciado em Portugal uma acção de divórcio³⁵. A Relação observou com pertinência que esta conclusão (relativa à efectiva dissolução do casamento) «constituiu um pressuposto da alteração do pedido apresentado pela Requerente no âmbito do processo de divórcio que inicialmente instaurou, da sua apreciação e da decisão que sobre ele veio a recair e que veio a culminar na prolação da sentença cuja revisão e confirmação aqui é peticionada».

Recordando a necessária sujeição a registo do casamento e do divórcio enquanto actos modificativos do estado das pessoas, a Relação interrogou-se sobre a questão de saber se «ainda assim podemos considerar como válido e eficaz o divórcio *talaq* confirmado pelo Tribunal da *Sharia* dos Emirados Árabes Unidos, enquanto questão prévia ou incidental relativamente à decisão que veio a ser tomada pelo Tribunal do Reino Unido, que incidiu sobre o pedido de assistência financeira na sequência de divórcio estrangeiro, estabelecendo os efeitos patrimoniais do divórcio entre as partes, cujo revisão e reconhecimento é aqui pedido». Respondendo, assumiu que «para considerar os efeitos patrimoniais de um divórcio que possam estender-se e produzir efeitos em Portugal, em face da nossa Ordem Jurídica, por via do reconhe-

³² Relatado pelo Desembargadora INÉS MOURA e igualmente subscrito pelas Desembargadoras LAURINDA GEMAS e GABRIELA CUNHA RODRIGUES.

³³ Nos termos da Parte III do *Matrimonial and Family Proceedings Act*, de 1984.

³⁴ A 21 de Março de 2015, como se deixou dito *supra*.

³⁵ Como acima se deixou referido, o tribunal inglês afirmaria inclusivamente que «não obstante o facto de o marido ter iniciado uma acção de divórcio em Portugal, o casamento foi agora eficazmente dissolvido pelo processo *talaq*, nos EAU a seu pedido».

cimento de uma sentença do Tribunal do Reino Unido que os definiu, não podemos deixar de ter previamente como assente a existência de um divórcio que pode ser invocado em Portugal, que aqui é válido e que aqui pode produzir os seus efeitos». O que conduz à inelutabilidade de uma conclusão pela negativa, assumindo-se que «sem estar revista e confirmada em Portugal uma sentença de divórcio que dissolveu o casamento entre as partes e sem qualquer averbamento do divórcio no registo civil, não pode proceder-se à revisão da sentença que estabeleceu os efeitos patrimoniais decorrentes do mesmo».

Seria assim o carácter expresso e peremptório da regra do artigo 978.º do Código de Processo Civil, ao fazer depender da revisão e confirmação de uma sentença estrangeira pelos tribunais portugueses a produção dos seus efeitos em Portugal que justificaria *in casu* uma resposta negativa; e isto tanto pela ausência de uma confirmação (pelos tribunais portugueses) da decisão de divórcio proferida nos Emiratos Árabes Unidos como pela improbabilidade desse reconhecimento, face à vulneração da ordem pública internacional do Estado Português decorrente de, ao «não ter sido dada a oportunidade à mulher de intervir e de manifestar oposição à dissolução do casamento, não se pode[re]m considerar garantidos os princípios da igualdade de armas e do contraditório, exigidos por aquela disposição legal».

Dito isto, e porque tal era alegado pela requerente da revisão, a Relação questionou-se sobre se a decisão contida na sentença do Reino Unido sobre a existência de um divórcio entre as partes se não importaria aos tribunais portugueses por força do artigo 21.º do Regulamento n.º 2201/2003³⁶, que estabelece «o reconhecimento automático de uma sentença de divórcio proferida pelo tribunal de um estado-membro, por outro estado-membro, sem necessidade de outros formalismos ou procedimentos»³⁷. Mas responderia pela negativa a esta questão, por

³⁶ Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000, cuja substituição pelo Regulamento n.º 2019/1111 teve lugar, nos termos do artigo 104.º, n.º 1 deste acto, a partir de 1 de Agosto de 2022. Para a análise deste último diploma, cfr., entre nós, os trabalhos inseridos no n.º 47 (Maio-Agosto de 2022) da Revista *Julgar* sob o lema «Regulamento Bruxelas IIbis Reformulado», e ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES, *Matérias matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia. O Regulamento [UE] 2019/1111*, Coimbra, 2023, Editora d'Ideias.

³⁷ É o seguinte o teor desta disposição, epigrafada «Reconhecimento das decisões»:

«1. As decisões proferidas num Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados-Membros, sem quaisquer formalidades.

ter entendido que o reconhecimento automático previsto naquele regulamento se refere apenas às decisões relativas ao vínculo matrimonial³⁸ enquanto a decisão revidenda **não contendaria** com a dissolução de qualquer vínculo matrimonial, mas apenas com os efeitos patrimoniais de um divórcio que reputava ter sido já declarado. O que levou a Relação a considerar não poder «concluir pela existência de um qualquer divórcio entre as partes válido e eficaz em Portugal, pressuposto da decisão cuja revisão é aqui pedida, que fixa efeitos patrimoniais decorrentes do divórcio».

Interrogando-se em seguida sobre se a sentença poderia ser reconhecida como uma sentença que decreta uma partilha de bens comuns independentemente do divórcio, como ocorre nos casos de separação judicial de pessoas e bens ou de simples separação judicial de bens, independentemente do acordo das partes³⁹, como sucede também no processo de inventário, a Relação sublinhou o diferente condicionalismo da decisão revidenda, que se reporta «a um pedido de assistência/compensação financeira que prosseguiu ao abrigo da Parte III do *Matrimonial and Family Proceedings Act* de 1984, na sequência do pedido de assistência financeira após um divórcio estrangeiro formulado pela Requerente». O que nela estaria em causa seria «uma atribuição patrimonial a um dos cônjuges a suportar pelo outro, com o objectivo de compensar a disparidade da situação económica e de vida de cada

2. Em particular, e sem prejuízo do disposto no n.º 3, não é exigível nenhuma formalidade para a actualização dos registos do estado civil de um Estado-Membro com base numa decisão de divórcio, separação ou anulação do casamento, proferida noutro Estado-Membro e da qual já não caiba recurso, segundo a legislação desse Estado-Membro.

3. Sem prejuízo do disposto na secção 4 do presente capítulo, qualquer parte interessada pode requerer, nos termos dos procedimentos previstos na secção 2 do presente capítulo, o reconhecimento ou o não-reconhecimento da decisão. A competência territorial dos tribunais indicados na lista comunicada por cada Estado-Membro à Comissão nos termos do artigo 68.º é determinada pela lei do Estado-Membro em que é apresentado o pedido de reconhecimento ou de não-reconhecimento.

4. Se o reconhecimento de uma decisão for invocado a título incidental num tribunal de um Estado-Membro, este é competente para o apreciar».

³⁸ Como declarou o Tribunal da Relação de Coimbra em acórdão de 15 de Abril de 2008, e se afirma no *considerandum* 8 do Regulamento: «Quanto às decisões de divórcio, de separação ou de anulação do casamento, o presente regulamento apenas deve ser aplicável à dissolução do vínculo matrimonial e não deve abranger questões como as causas do divórcio, os efeitos patrimoniais do casamento ou outras eventuais medidas acessórias».

³⁹ Posição igualmente avançada pelo requerido no processo.

um, criada com o fim do casamento, encontrando fundamento numa ideia de equilíbrio e de equidade que não deixa de avaliar o período do casamento e a forma como o mesmo foi vivido por cada um dos cônjuges do ponto de vista pessoal, familiar e patrimonial, estabelecendo uma compensação para o cônjuge necessitado que a reclama», o que a aproximaria «de uma acção de alimentos conjugada com um pedido de ressarcimento ou compensação»⁴⁰ – situação que não poderia prescindir da existência de um divórcio.

Finalmente, depois de afastar a alegação da Requerente de que a recusa do reconhecimento configuraria necessariamente um abuso do direito, pelo facto de o Requerido suscitar a inexistência de divórcio entre as partes confirmado no Reino Unido ou em Portugal, o tribunal concluiu pela improcedência do pedido, «por não existir qualquer divórcio das partes confirmado em Portugal ou que aqui possa produzir os seus efeitos, estando inclusivamente aqui registado o seu casamento, não podendo deixar de entender-se que tal constitui um pressuposto necessário ao reconhecimento e à produção de efeitos no nosso país da decisão do Tribunal do Reino Unido que estabeleceu entre as partes os efeitos patrimoniais na sequência de divórcio».

Interposto recurso de revista⁴¹, o Supremo viria a conceder parcialmente a revista e, revogando o acórdão recorrido, a absolver o réu da instância. Para assim concluir, começou por considerar que o objecto da decisão revidenda consistia em regular os efeitos patrimoniais da dissolução, por divórcio, do casamento entre A e B⁴², divórcio que, não constando dessa decisão, dela constituiria, porém, um pressuposto essencial. Nela não estaria, pois, em causa o divórcio enquanto tal, mas apenas a regulação dos seus efeitos patrimoniais, o que naturalmente

⁴⁰ Se bem que os seus contornos sejam diversos dos procedimentos contemplados na nossa ordem jurídica, designadamente na previsão dos artigos 2009.º, n.º 1, al. a), e 1792.º do Código Civil.

⁴¹ A Autora alegaria a inexistência de fundamento legal da decisão da Relação, a necessidade de reconhecimento automático da decisão de confirmação tomada pelo tribunal do Reino Unido, o reconhecimento do divórcio nos termos do n.º 2 do artigo 978.º do CPC (eficácia probatória), a imperiosidade do conhecimento da eficácia incidental do “*talak*”, a ocorrência de abuso do direito, por parte do Réu, ao invocar a ineficácia do divórcio, e a não verificação dos demais fundamentos de oposição por este indicados.

⁴² Entendendo que «a obrigação de contribuição mensal para o sustento da Autora se revela, mais do que “prestação alimentícia”, recorrendo aos padrões nacionais, antes como “sanção compulsória” tendente ao cumprimento da obrigação principal de atribuição à Autora de parte do “património matrimonial” e indemnização pela mora no cumprimento nessa obrigação».

pressuporia a «ocorrência de um divórcio eficaz», uma vez que, «relativamente a acções de regulação dos efeitos patrimoniais do divórcio, a existência deste se não reconduz a um simples meio de prova sujeito à apreciação de quem haja de julgar a causa, que torne dispensável a revisão da respectiva decisão»⁴³.

Ora, tendo os cônjuges nacionalidade portuguesa⁴⁴, o Supremo considerou que o casamento, como as suas vicissitudes, apenas ganhariam eficácia com o registo, uma vez que só após este podem ser invocados⁴⁵. Pelo que, inexistindo no assento de casamento como no assento de nascimento qualquer menção ao divórcio, A e B não poderiam deixar de ser considerados casados perante o nosso ordenamento jurídico, tornando-se impossível o reconhecimento dos efeitos patrimoniais da dissolução do seu casamento, o que, como havia sido adiantado pelo tribunal da Relação, inviabilizava o reconhecimento da sentença revivenda.

O Supremo clarificou, no entanto, que tal impossibilidade não se estendia necessariamente ao reconhecimento do divórcio⁴⁶, afirmando antes que se não pode rever a decisão do tribunal estrangeiro sem que o facto pressupponente daquela decisão seja eficaz no ordenamento jurídico português⁴⁷. Mas afastou a possibilidade de remeter os autos

⁴³ Nos termos do n.º 2 do artigo 978.º do Código de Processo Civil.

⁴⁴ Além de residirem ambos em território português, circunstância porém desprovida de relevância neste contexto.

⁴⁵ Como o prescreve o artigo 2.º do Código de Registo Civil.

⁴⁶ Concedido, recorde-se, por uma sentença de um tribunal da *Sharia*, em Sharjah, nos Emiratos Árabes Unidos, que confirmou, em 23 de Março de 2015, o *talak*, pronunciado, a 20 do mesmo mês, pelo marido (B), pelo qual, na ausência de contestação da mulher (A), o casamento foi dissolvido nesse Estado. Este entendimento foi, como se diz *supra*, neste número, assumido pelo juiz inglês na audiência intercalar realizada a 30 de Julho de 2015, e reafirmado na decisão final de 12 de Outubro de 2016 (a decisão revivenda).

⁴⁷ Pelo que a falta da inscrição do divórcio no registo civil português surge, dessa forma, não como um facto impeditivo, modificativo ou extintivo do efeito jurídico pretendido – a confirmação da sentença para valer em Portugal – mas antes como condição de procedibilidade, sem cujo preenchimento o tribunal não pode apreciar a pretensão deduzida na acção de revisão». Qualificação esta que leva o Supremo a, num entendimento dogmático distinto do adoptado pela Relação, falar agora de uma «excepção dilatória, que dá lugar à absolvição da instância, e não (...) de uma excepção peremptória que dá lugar à absolvição do pedido».

à Relação para que fosse promovida a sanção da excepção dilatória⁴⁸ por entender que, atenta a actividade processual desenvolvida pelas partes, tal iniciativa careceria de utilidade, dela não sendo de esperar «quaisquer ganhos de celeridade ou facilitação para a presente acção».

3. Apreciação crítica. Sendo o *talak* manifestamente uma instituição ou figura jurídica desconhecida do nosso ordenamento⁴⁹, a atenção a ela dada entre nós ocorre no contexto da eventual produção no nosso sistema jurídico dos efeitos gerados pela sua utilização em sistemas que a conhecem e a consagram⁵⁰. E, tratando-se de uma particular forma de desencadear a dissolução do vínculo matrimonial, compreende-se que os nossos tribunais tenham sido chamados a reconhecer, a título principal ou incidental, a eficácia na nossa ordem jurídica dessa forma de dissolução do casamento e da declaração que a determina.

A título principal, desde logo, consistindo então o problema em saber se a situação jurídica criada pela aplicação do instituto no estrangeiro, em si mesma (a dissolução do casamento por divórcio por ela gerada, uma vez que se trata de um facto jurídico extintivo) pode ser tida por válida e eficaz em Portugal, o que nos remete desde logo para o universo do reconhecimento de situações jurídicas criadas no estrangeiro. E a título incidental, quando se procura que tal situação, ocorrida no estrangeiro, seja considerada como relevante no contexto da verificação dos pressupostos da produção de um determinado efeito jurídico, independentemente do seu reconhecimento processual no nosso sistema jurídico.

Consideremos então estes dois tipos de eficácia do *talak*, sobre que se debruçaram de resto as duas sentenças atrás referidas.

3.1. A eficácia a título principal. A primeira decisão que referimos constituiu naturalmente um exemplo da pretendida eficácia a título principal do *talak*, uma vez que com ela se inviabilizou a pretensão do Reque-

⁴⁸ Cfr. a nota anterior.

⁴⁹ Como de resto da família jurídica em que ele se insere.

⁵⁰ Como ocorria, por exemplo, com o instituto da adopção, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 1966. Cfr. o nosso «Portugal», in *L'Adoption dans les Principales Législations Européennes. Étude de droit interne et de droit international privé réalisée par l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Strasbourg, II – Droit International Privé, Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 37, N.º 3 (juillet-septembre 1985), p. 845-864.

rente de obter a revisão em Portugal do acto, proferido em 24 de Setembro de 2017 no Bangladesh, em que aquele se consubstancia e que produzira, naquele país, nos termos da secção n.º 7 da *Muslim Family Law Ordinance*, de 1961, a dissolução de um casamento por declaração unilateral do cônjuge do sexo masculino; esta declaração ocorrera sem que fosse possível afirmar que o cônjuge do sexo feminino tinha podido contrapor a sua posição face a esta modalidade de divórcio e que haviam sido acautelados os interesses relativos aos (dois) filhos menores do casal e ao património do cônjuge repudiado.

Confrontada com o pedido, a Relação de Lisboa negou a revisão por ter considerado que não estava em causa uma decisão (conquanto em sentido lato ou abrangente), mas uma mera declaração unilateral do Requerente (ainda que proferida perante um notário) «sem demonstrar a observância de qualquer procedimento, sem a intervenção do cônjuge mulher e sem que tenha sido emitido qualquer juízo, ainda que de carácter homologatório, por parte da entidade administrativa responsável pelo acto». Concordamos com este entendimento, uma vez que, muito embora nos encontremos perante um acto público, a intervenção da autoridade pública (no caso um notário) não homologa a declaração proferida pelo marido, nem traduz qualquer caução administrativa dada àquela declaração pela ordem jurídica em que foi produzida, limitando-se, ao invés, a dar-lhe fé pública, certificando a sua emissão pelo seu autor. Não existe, pois, qualquer acto de hetero-determinação, uma vez que, no acto que pratica, o notário se limita a confirmar ter sido o cônjuge do sexo masculino a emitir a declaração de repúdio, dando-lhe fé pública, e não emitindo, por sua parte, qualquer declaração ou determinação⁵¹, visando assim objectivos meramente probatórios. Por isso entendemos igualmente que o reconhe-

⁵¹ Ou, para o dizer como o fez o Tribunal de Justiça no acórdão de 15 de Novembro de 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsich* (processo C-646/20, *Colectânea*, 2022, p. 879, pontos 52, 54, 55), para que o acto estabelecido por uma autoridade competente em matéria de divórcio possa ser qualificado como decisão nos termos do Regulamento Bruxelas II bis [que abrange apenas os divórcios pronunciados quer por um tribunal estatal quer por uma autoridade pública ou sob seu controlo, o que exclui os simples divórcios privados, como o resultante de uma declaração unilateral de um dos cônjuges perante um tribunal religioso – assim o acórdão de 20 de Dezembro de 2017, *Soha Sahyouni contra Raja Mamisch* (*cit. supra*, nota 23), pontos 39 a 43, 48 e 49] ela «deve manter o controlo da pronúncia do divórcio, o que implica (...) que proceda a um exame das condições do divórcio à luz do direito nacional, bem como da realidade e da validade do consentimento dos cônjuges no divórcio» e que «decida por sua própria autoridade sobre as questões controvertidas entre as partes».

cimento de declarações se não insere no âmbito material dos artigos 978.º e seguintes do Código de Processo Civil⁵².

Tendo embora depreendido que o acto se encontrava fora da cobertura do instituto invocado pelo requerente, a Relação não deixou, porém, a título de *obiter dictum*⁵³, de prosseguir a sua análise, para verificar se, ainda que esta primeira razão não fosse procedente, não existiriam

⁵² Como o sustentámos a propósito de outras declarações no nosso trabalho citado *supra*, na nota 4. No mesmo sentido, cfr. LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III, Tomo II – Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras, 3.ª Edição Revista, Lisboa, 2019, AAFDL, p. 203-204. Diferentemente, FERRER CORREIA, depois de ter considerado, especificamente a propósito do *talak*, que a questão do seu reconhecimento processual é algo que diz respeito ao Estado em que o reconhecimento é pedido e de, a propósito da Convenção da Haia de 1 de Junho de 1970 sobre o reconhecimento dos divórcios e separações de pessoas (em vigor na nossa ordem jurídica desde 9 de Julho de 1985), recordar que este instrumento se aplica ao reconhecimento de divórcios e separações de pessoas «obtidos noutro Estado contratante na sequência de um processo judicial ou outro oficialmente reconhecidos neste último Estado e que aí produzam efeitos legais» admite expressamente que o procedimento possa consistir na «triple répétition du mot «*Talak*» par le mari» [«La Reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (Droit Comparé)», in *Estudos Vários de Direito*, Coimbra, 1982, p. 105-191 (108-110)], e pronuncia-se favoravelmente em relação ao reconhecimento dos divórcios privados (mesmo dos que se traduzam num repúdio da mulher portuguesa e que tenham ocorrido em Portugal, ainda que, naturalmente, quando o requerente do reconhecimento seja a mulher ou se nenhum dos cônjuges for português nem residir em Portugal no momento da declaração) – assim em *Lições de Direito Internacional Privado*, I, Coimbra, 2000, Almedina, p. 456-460, e em «O Princípio da autonomia do direito internacional privado no sistema jurídico português», in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, p. 451-495 (480-486), onde se interroga sobre se «a não atribuição de efeitos jurídicos aos divórcios privados de estrangeiros, celebrados no país por uma via ou forma autorizada pelo direito nacional das partes não será pior solução do que a inversa?» (p. 484).

O ponto é objecto de controvérsia noutras ordens jurídicas. No Quebec, por exemplo, tem-se defendido (ainda que a solução seja contestada) uma concepção lata do termo «decisão estrangeira» que permitiria sustentar que um divórcio privado «reçu, homologué ou entériné par une autorité compétente conformément à la loi du pays d'origine de l'acte (...) revêt dès lors un caractère officiel et peut être considéré comme un acte judiciaire de nature gracieuse susceptible de recevoir l'*exequatur*» [assim Harith Al-Dabbagh, «Effet au Québec des divorces étrangers non dotés d'*exequatur*. Le cas des divorces islamiques», in *Revue crit. DIP*, (1) janvier-mars 2022, p. 7-34 (15)]. Tal decorreria do facto de o acto de repúdio ser, nessas condições (isto é, quando homologado), «un acte quasi public constitutif, se rapprochant des «décisions» *stricto sensu*», pelo que «le divorce constaté par le juge étranger bénéficierait du statut d'acte émanant d'un organe juridictionnel» (*idem, ibidem*, p. 13).

⁵³ «por cautela», na linguagem da Relação de Lisboa.

outras que no caso conduzissem por igual à inviabilização da pretensão deduzida em juízo⁵⁴.

Neste contexto, a Relação concluiu que a revisão sempre teria de ser negada por, *in casu*, envolver a violação de dois dos requisitos exigidos respectivamente pelas alíneas e)⁵⁵ e f)⁵⁶ do artigo 980.º do CPC, análise cuja pertinência, caso o reconhecimento processual fosse de admitir, não poderia ser sem mais excluída.

Na verdade, os princípios do contraditório e da igualdade das partes⁵⁷ são sem sombra de dúvida grosseiramente desrespeitados, quando,

⁵⁴ Entendemos desnecessária esta indagação, ainda que ela se possa compreender numa instância cujas decisões se encontram sujeitas a recurso.

⁵⁵ Não terem sido observados no processo estrangeiro «os princípios do contraditório e da igualdade das partes».

⁵⁶ Conduzir o pretendido reconhecimento a «um resultado manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública internacional do Estado Português».

⁵⁷ Deve, porém, reconhecer-se que este último princípio tem sido recentemente objecto de alguma relativização no que respeita à sua consideração no âmbito da excepção de ordem pública internacional, tanto em sede legislativa como no plano jurisprudencial. No primeiro caso, o artigo 57 do Código belga de Direito Internacional Privado de 2004, depois de afirmar no seu §1 que «Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique», acrescenta, no §2, que «Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes: 1° l'acte a été homologué par une juridiction de l'Etat où il a été établi; 2° lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage; 3° lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage; 4° la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage; 5° aucun motif de refus visé à l'article 25 [manifesta contraditoriedade com a ordem pública; desrespeito pelos direitos da defesa; fraude à lei; carácter não definitivo da decisão; competência exclusiva da jurisdição belga; caso julgado; litispendência; ser a competência do tribunal estrangeiro unicamente baseada na presença do requerido nesse Estado ou de bens que com a questão não apresentem relação relevante] ne s'oppose à la reconnaissance». E, quanto ao segundo, mais recentemente (17 de Março de 2021), a *Cour de Cassation* francesa decidiu, numa abordagem diferente e centrada sobretudo nos interesses pessoais em jogo, designadamente nos do cônjuge cujo comportamento é regulado pelas leis menos favoráveis, que «lorsqu'une décision de divorce a été prononcée à l'étranger en application d'une loi qui n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce, sa reconnaissance ne heurte pas l'ordre public international, dès lors qu'elle est invoquée par celui des époux à l'égard duquel sont prévues les règles les moins favorables, que la procédure suivie n'a pas été entachée de fraude et que l'autre époux a pu faire valoir ses

mau grado a existência de uma Constituição e de diversas leis, sendo o estatuto legal das mulheres muçulmanas no Bangladesh definido pelos princípios da *Sharia*, o marido tem, em exclusivo, o direito a decretar unilateralmente o divórcio (repúdio), sem necessidade de nenhuma causa e, quando exercido, à esposa não é devida qualquer compensação. O regime aplicável não só desconhece qualquer contraditório como, por si próprio, acarreta a violação do princípio da igualdade de armas, tornando por isso inescapável a violação da exigência (que seria necessária no âmbito de um processo de revisão) contida na segunda parte da alínea e) do artigo 980.º do CPC.

Por outro lado, é também evidente que «a desconsideração total da mulher no processo de divórcio» a que acaba de se aludir assim como «a total omissão de qualquer indício de terem sido acautelados os interesses da família em que avultam os direitos/interesses das crianças menores filhos do casal» não deixam de indiciar a possível existência de uma violação dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português. Acresce que, *in casu*, não se trataria apenas da violação de princípios de carácter material (como o princípio da igualdade dos cônjuges ou *Gleichberechtigung*) mas ainda de princípios de carácter processual (como o do contraditório, acima referido) que igualmente figuram entre os princípios fundamentais protegidos por aquele instituto⁵⁸.

O carácter nuclear dos princípios violados, assim como a sua recepção constitucional e a sua consagração em documentos vertebradores da sociedade internacional, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) ou a Convenção dos Direitos da Criança (CDC), ambas ratificadas por Portugal, depõem aliás no sentido da susceptibilidade da sua tutela no quadro da excepção de ordem pública internacional do Estado Português cuja violação impede o reconhecimento *in foro*

droits»; contextualizando a tendência em que esta decisão se insere, cfr. GUILLAUME KESLER, «The individualization of the international public policy exception. A new proposal for the recognition of Muslim divorces by the *Cour de Cassation*», *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII (2020/2021), p. 435-447.

⁵⁸ Sobre a ordem pública internacional, e para além do estudo citado *supra* na nota 19, veja-se o que adiantámos nos nossos trabalhos «L'Ordre Public International en Droit Portugais», in *Boletim da Faculdade de Direito*, t. LXXIV (1998), p. 45-62, e «Public policy in the framework of the Brussels Convention. Remarks on two recent decisions by the European Court of Justice», *Yearbook of Private International Law*, vol. II (2000), p. 25-39; cfr. também CLAIRE STAATH, «La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico», in *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X (2007), p. 717-729.

domestico das decisões estrangeiras. É, porém, de lamentar que a sentença seja omissa quanto às conexões⁵⁹ existentes entre a situação em causa e o sistema jurídico português, omissão que se torna de difícil compreensão quando se conclui, ainda que no quadro de um *obiter dictum*, como referimos, pela violação da ordem pública internacional do Estado Português.

Em face do que, se a decisão da Relação merece o nosso acordo quanto à *ratio decidendi* que a sustenta (não constituir uma declaração como a referida nos autos um acto susceptível de reconhecimento processual nos termos do artigo 978.º do CPC)⁶⁰, já o mesmo não ocorre, pelo menos de forma integral, quanto às considerações nela produzidas a título de *obiter dictum*: na verdade, se devesse ter lugar a propósito do caso de espécie um procedimento de revisão e confirmação (o que, como se deixou dito, entendemos não ser o caso), o pedido deveria provavelmente improceder, como dissemos, por violação da alínea e) do artigo 980.º do mesmo Código, mas os elementos constantes da sentença da Relação não nos habilitam a emitir com segurança um juízo de violação dos princípios de ordem pública internacional do Estado Português, nos termos da alínea f) da mesma disposição, por não permitirem a

⁵⁹ Não fica claro qual a conexão que existia (nacionalidade, domicílio ou residência habitual em Portugal, dos cônjuges ou de um só deles, no momento do divórcio ou no momento da instauração do pedido de revisão, e nacionalidade ou residência habitual dos filhos do casal, em ambos os referidos momentos), se alguma, entre a relação matrimonial que foi dissolvida pelo divórcio-repúdio e o sistema jurídico português. Estes factos seriam de resto indispensáveis para uma correcta emissão pelo tribunal de um juízo sobre a existência de uma violação dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português, em particular no que ao preenchimento da *Binnenbeziehung* (ou efeito atenuado da ordem pública) diz respeito. Cfr., a este propósito, a Resolução de Cracóvia do *Institut de Droit International*, sobre «Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille» onde se afirmou que «L'ordre public pourra être opposé à la reconnaissance d'une répudiation unilatérale de la femme par son mari lorsque la femme a ou a eu la nationalité de l'Etat de reconnaissance ou d'un Etat refusant la répudiation ou lorsqu'elle a sa résidence habituelle dans l'un de ces Etats, à moins qu'elle y ait consenti ou qu'elle ait bénéficié d'une protection pécuniaire suffisante» (ponto C, n.º 2).

⁶⁰ A circunstância referida em texto não impede que a dissolução do casamento, enquanto acto válido e eficaz face à lei reguladora do divórcio, possa produzir efeitos entre nós na medida em que a essa produção de efeitos se não oponha a mencionada excepção de ordem pública internacional. Assim, embora para uma situação diversa, MOURA RAMOS, «Reconhecimento em Portugal de acto (escritura pública) declaratório de união estável de direito brasileiro» (*cit. supra*, nota 4), p. 119-122.

consideração de toda a problemática que este fundamento de não reconhecimento envolve⁶¹.

3.2. A eficácia a título incidental. Esta questão, por seu lado, surge claramente colocada no processo que conduziu ao acórdão do Supremo de 29 de Setembro de 2022⁶², onde não é o acto extintivo da relação matrimonial (o *talak*, proferido em 20 de Março de 2015 e confirmado a 23 do mesmo mês e ano pelo tribunal da *Sharia*, de Sharjah, nos Emiratos Árabes Unidos⁶³) que constitui o objecto do pedido de revisão e confirmação, mas uma decisão judicial inglesa ulterior⁶⁴, de 12 de Outubro de 2016, proferida num processo de assistência financeira relativo a um divórcio estrangeiro⁶⁵. Por esta sentença, onde o tribunal inglês confirma de resto que o casamento fora eficazmente dissolvido pelo *talak*, determina-se a transmissão da titularidade dos direitos de propriedade sobre determinados bens imóveis sitos no Reino Unido e

⁶¹ Note-se que a existência de uma violação da ordem pública internacional do Estado Português foi de resto afastada no caso de um *talak* proferido em 2004 por um cidadão português residente em Portugal, pelo qual este repudiara a mulher (de nacionalidade marroquina e residente em Marrocos), assim dissolvendo um casamento celebrado em 2000 perante a secção notarial do Tribunal de Rabat, Marrocos. A sentença homologatória do *talak* proferida pelo Tribunal de Rabat foi de facto revista e confirmada pelo acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Outubro de 2007 (*cit. supra*, nota 6).

Para a discussão deste ponto, cfr. também JOÃO GOMES DE ALMEIDA, *O Divórcio em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2017, Almedina, p. 626-629.

⁶² E, anteriormente, ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Abril de 2021 (*supra*, nota 32), que veio a ser revogado pela decisão do Supremo referida em texto.

⁶³ E posteriormente reconhecido por um juiz inglês numa audiência preliminar em 30 de Julho de 2015 e na sentença final de 12 de Outubro de 2016 que pôs fim ao processo em que aquele acto processual se inseria como acto que produzira a dissolução do casamento celebrado em 1969 no Japão entre dois nubentes que, mais tarde, na constância do casamento, viriam a adquirir a nacionalidade portuguesa (e que constitui a sentença objecto do pedido de revisão sobre que se debruça o acórdão do Supremo que é citado em texto).

⁶⁴ Da *Family Division* do *High Court of Justice* do Reino Unido.

⁶⁵ Que no entanto fora iniciado como processo de divórcio a 6 de Janeiro de 2015, tendo a Requerente/Autora, então habitualmente residente no Reino Unido, apresentado a 13 de Março seguinte um pedido de alimentos na pendência da acção e, em 31 de Julho de 2015, um pedido de assistência/reparação financeira, que alterou em Janeiro de 2016 para pedido de assistência financeira na sequência de divórcio estrangeiro, após a notificação, feita em 8 de Julho de 2015 na pessoa do seu advogado, de que o tribunal de Sharjah havia confirmado, a 23 de Março de 2015, o *talak* declarado pelo Requerido a 20 do mesmo mês, assim dissolvendo o casamento entre ambos.

em Portugal para a Requerente/Autora e a condenação do Requerido ao pagamento de uma determinada quantia em dinheiro⁶⁶.

Na sua decisão, o Supremo recusa a revisão por considerar que a sentença revidenda visa regular as consequências patrimoniais da dissolução por divórcio do casamento entre a Requerente e o Requerido⁶⁷, e que, assim sendo, aquela apenas poderia ser concedida se existisse um prévio divórcio válido e eficaz⁶⁸. O que *in casu* não aconteceria, uma vez que o divórcio em questão (resultante do *talak*) não se encontrava registado entre nós, e, enquanto vicissitude do casamento, veria a sua eficácia no nosso sistema jurídico dependente do registo uma vez que nele este é obrigatório⁶⁹. O que o leva a considerar ser juridicamente impossível a regulação de consequências patrimoniais de um divórcio enquanto este último acto não tiver sido objecto de registo entre nós, pois que, a ser assim, se manteria na nossa ordem jurídica o estado de casado.

De acordo com o Supremo, constituindo a existência de um divórcio válido e eficaz uma condição de procedibilidade da pretensão deduzida pela Requerente, o seu não preenchimento determinaria a absolvição da instância, nesta não podendo, portanto, ter lugar a constatação da existência das condições de cuja verificação depende o efeito jurídico pretendido – no caso a confirmação da sentença.

O que significa que, não sendo objecto da pretendida revisão o próprio acto de dissolução do casamento (o divórcio, aqui na modalidade do *talak*), por no caso vertente o tribunal que proferiu a sentença revidenda

⁶⁶ O Requerido apresentou recurso desta decisão perante a *Civil Division* da *Court of Appeal*, que não seria admitido, pelo que a sentença referida em texto se tornou definitiva.

⁶⁷ Divórcio que, no entanto, essa sentença não declara, assumindo, contudo, expressamente que ele resulta do *talak* proferido pelo Requerido em 2015 nos Emiratos Árabes Unidos.

⁶⁸ Podemos falar aqui da aplicação de um princípio da coerência, da harmonia interna ou da unidade do sistema jurídico. A este respeito, e em particular sobre aquela primeira noção, cfr., entre nós, MARIA HELENA BRITO, *A Representação nos Contratos Internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, Coimbra, 1999, Almedina, p. 624-744, e «O princípio do direito único como instrumento jurídico da coerência em direito internacional privado?», in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra, 2014, Coimbra Editora, p. 977-1008.

⁶⁹ Sendo assim condição da sua atendibilidade; cfr. os artigos 1669.º do Código Civil e 1.º, n.º 1, alíneas d) e q), e 2.º do Código de Registo Civil.

ter considerado que aquela vicissitude se havia já produzido, e tendo por isso apenas tratado da regulação dos seus efeitos patrimoniais, o caminho seguido pela decisão em comentário vem afinal a desconsiderar totalmente o acto em que se traduziu aquela dissolução, ao impedir assim a jurisdição portuguesa de se pronunciar sobre a confirmação da decisão do Reino Unido enquanto não existir um divórcio válido e eficaz na ordem jurídica portuguesa⁷⁰.

É esta recusa de eficácia incidental da decisão em que o *talak* se consubstancia que nos importa aqui analisar, na medida em que constitui o fundamento que leva o Supremo a absolver da instância o Requerido. E falamos de eficácia incidental porque não podendo este órgão jurisdicional pronunciar-se sobre o efeito primário de tal decisão (a dissolução do casamento, porque não é sobre o acto que a desencadeia que incide o pedido de revisão)⁷¹ apenas poderia estar em causa aquele que constitui o objecto deste último, na circunstância uma regulação das consequências patrimoniais do divórcio (decidida pelo tribunal inglês, que, como já dissemos, se não pronunciou sobre o divórcio, tendo aliás considerado que ele havia já sido decretado). E quanto às referidas

⁷⁰ Recorde-se que o Requerido intentara, a 4 de Março de 2015, uma acção de divórcio nos tribunais portugueses, acção em que a Requerente contestou a competência internacional destes tribunais invocando a litispendência com o pedido de divórcio previamente (a 6 de Janeiro do mesmo ano) por si introduzido nos tribunais ingleses; o processo em que em Portugal se fez valer aquela acção foi suspenso a 27 de Julho de 2016 (em momento em que era já conhecido do tribunal português o divórcio declarado através do *talak* proferido nos Emiratos Árabes Unidos e apesar de a partir de Janeiro desse ano o pedido em apreciação na acção que corria termos no Reino Unido ser de assistência financeira após um divórcio no estrangeiro) até ao proferimento da decisão final do processo no Reino Unido, tendo a suspensão sido sucessivamente prorrogada (embora a sentença final nele entretanto proferida, a 12 de Outubro de 2016, tenha sido absolutamente clara no sentido da exclusão de qualquer tomada de posição própria quanto ao divórcio, que reconhece decorrer do *talak* pronunciado nos Emiratos Árabes Unidos).

⁷¹ Na verdade, e como de resto o sublinhou também a decisão do Tribunal da Relação atrás referida (*cit. supra* na nota 32), «Para considerar os efeitos patrimoniais de um divórcio que possam estender-se e produzir efeitos em Portugal, em face da nossa Ordem Jurídica, por via do reconhecimento de uma sentença do Tribunal do Reino Unido que os definiu, não podemos deixar de ter previamente como assente a existência de um divórcio que pode ser invocado em Portugal, que aqui é válido e que aqui pode produzir os seus efeitos». Pressuposto este que negou poder considerar-se verificado por não «estar revista e confirmada em Portugal uma sentença de divórcio que dissolveu o casamento entre as partes e sem qualquer averbamento do divórcio no registo civil, não pode[r] proceder-se à revisão da sentença que estabeleceu os efeitos patrimoniais decorrentes do mesmo».

consequências patrimoniais do divórcio entendeu a nossa jurisdição que lhe era vedado fazê-lo uma vez que não existia qualquer divórcio que produzisse efeitos no nosso sistema jurídico.

Nas palavras do Tribunal da Relação, cuja pronúncia antecedeu a do Supremo e que neste aspecto não é posta em causa por esta última, importava «saber se pode conferir-se eficácia directa à posição tomada pelo juiz no processo que correu termos no tribunal do Reino Unido que considerou as partes divorciadas, conferindo validade ao divórcio confirmado nos Emirados Árabes Unidos», o que de algum modo resultaria numa relevância ulterior do *talak*, mediada pelo reconhecimento (agora directo) por este acto obtido por parte do tribunal do Reino-Únido. Na verdade, tratando-se, como acaba de se referir, de uma posição tomada pelo juiz no processo e não de uma decisão por ele proferida⁷², ela não é susceptível de ser, como tal, reconhecida entre nós, seja através das regras de direito internacional privado da União entre nós aplicáveis⁷³, seja pelo nosso direito processual civil internacional comum. O que levou também o tribunal da Relação a entender⁷⁴ não ser possível «concluir pela existência de um qualquer divórcio entre as partes válido e eficaz em Portugal, pressuposto da decisão cuja revisão é aqui pedida, que fixa efeitos patrimoniais decorrentes do divórcio»⁷⁵.

Pelo que se pode dizer que é afinal idêntica a *ratio decidendi* das duas (distintas) posições tomadas pelos nossos tribunais neste caso: «não

⁷² Como é de resto referido pelo Tribunal da Relação: «A verdade é que não existe neste momento qualquer pedido de divórcio pendente de apreciação no Tribunal do Reino Unido, nem qualquer sentença proferida por aquele tribunal a decretar o divórcio entre as partes, por ter sido considerado o divórcio *talaq* confirmado nos Emirados Árabes Unidos, questão que constituiu um pressuposto da alteração do pedido apresentado pela Requerente no âmbito do processo de divórcio que inicialmente instaurou, da sua apreciação e da decisão que sobre ele veio a recair e que veio a culminar na prolação da sentença cuja revisão e confirmação aqui é peticionada».

⁷³ Ou seja, o Regulamento (CE) 2201/2003, designadamente o seu artigo 21.º (recorde-se que o Acordo de saída do Reino Unido da União Europeia apenas produziu efeitos a partir de 1 de Fevereiro de 2020).

⁷⁴ Tal como vimos que o faria mais tarde o Supremo; cfr. *supra*, neste número. A diferença entre as duas instâncias encontra-se apenas em sede de pronúncia sobre o mérito do pedido, que a Relação levou a cabo enquanto o Supremo entendeu que esta não podia ter lugar.

⁷⁵ O Tribunal da Relação afastou ainda a construção segundo a qual a sentença a rever consagraria uma partilha dos bens do casal (que poderia ter lugar fora do quadro de um divórcio), sustentando antes envolver ela «uma atribuição patrimonial a um dos cônjuges a suportar pelo outro, com o objectivo de compensar a disparidade da situa-

existir qualquer divórcio das partes confirmado em Portugal ou que aqui possa produzir os seus efeitos, estando inclusivamente aqui registado o seu casamento, não podendo deixar de entender-se que tal constitui um pressuposto necessário ao reconhecimento e à produção de efeitos no nosso país da decisão do tribunal do Reino Unido que estabeleceu entre as partes os efeitos patrimoniais na sequência de divórcio».

Para além de decorrer do regime geral dos efeitos do registo consagrado entre nós, esta posição compreende-se face ao nexos existente entre as duas questões, o divórcio e aqueles dos seus efeitos sobre que incide a sentença apresentada à revisão: estes últimos, pela forma como a sentença os apresenta, supõem claramente a dissolução do casamento, pelo que é manifesto não poderem viver, na nossa ordem jurídica, sem aquela, deles se podendo assim dizer, como o faz a outro propósito Baptista Machado⁷⁶, que «a preexistência da relação jurídica condicionante é pressuposto (pressuposto de legitimidade) para a constituição da relação jurídica condicionada». Como acrescenta ainda este Autor, seria necessário que «a situação jurídica criada à sombra de um direito estrangeiro mas não reconhecida no Estado do foro [aqui, a dissolução do casamento decorrente do *talak*] pretendesse ser aqui relevante como simples *dado de facto*, para efeitos próprios duma situação jurídica diferente (a situação condicionada [que no caso poderia ser uma determinada pretensão sucessória]⁷⁷)»⁷⁸. Ora não é isto que manifestamente sucede, uma vez que os efeitos que se pretendem *in casu* fazer valer são manifestamente efeitos próprios da dissolução do casamento (a situação condicionante, na hipótese figurada)⁷⁹.

ção económica e de vida de cada um, criada com o fim do casamento, encontrando fundamento numa ideia de equilíbrio e de equidade que não deixa de avaliar o período do casamento e a forma como o mesmo foi vivido por cada um dos cônjuges do ponto de vista pessoal, familiar e patrimonial, estabelecendo uma compensação para o cônjuge necessitado que a reclama». O que sempre pressuporia a dissolução da relação matrimonial.

⁷⁶ In *Lições de Direito Internacional Privado*, 2.ª edição, actualizada, Coimbra, 1982, Livraria Almedina, p. 110-111.

⁷⁷ Cfr. o exemplo dado pelo Autor citado na nota anterior, *ibidem*, a p. 294-295.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 292.

⁷⁹ É o que manifestamente decorre da forma como o tribunal da Relação caracteriza, na sua decisão, o objecto da sentença apresentada à revisão, e que reproduzimos *supra*, na nota 75.

O que nos leva a acompanhar os nossos tribunais na recusa *in casu*, de efeitos oblíquos ou incidentais do *talaq* e na fundamentação em que a basearam.

4. Notas Conclusivas. Poderemos passar agora a elencar os resultados a que o presente estudo nos conduziu.

Em primeiro lugar, entendemos que quando o documento que certifica a existência do *talak* não for uma sentença judicial⁸⁰, mas um acto público ou dotado de fé pública, ele não constitui uma decisão⁸¹, para efeitos do disposto no artigo 978.º do Código de Processo Civil, não podendo, pois, ter lugar, a seu respeito, a revisão e confirmação (ou seja, o reconhecimento processual) prevista nos artigos 978.º a 985.º daquele diploma⁸². O que não significa que o repúdio comprovado por esse documento não possa vir a produzir efeitos em Portugal, sendo objecto de reconhecimento na nossa ordem jurídica (reconhecimento internacional privatístico, diríamos), se esse acto for válido e eficaz nos termos da lei para o efeito competente⁸³. A exclusão do reconhecimento processual deve-se à circunstância de o seu regime ter sido pensado para actos em que a intervenção de terceiros (designadamente de órgãos do

⁸⁰ Como sucedia no caso sobre que veio a incidir a sentença do Tribunal da Relação de Lisboa citada *supra*, na nota 6, em que esse documento era uma sentença homologatória do Tribunal de Primeira Instância de Rabat, Reino de Marrocos, que confirmava o *talak* declarado pelo marido naquela cidade.

⁸¹ Mas uma simples declaração.

⁸² O mesmo valendo para regras paralelas a esta, como o artigo 30.º do Regulamento (UE) n.º 2019/1111, do Conselho, de 25 de Junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças. O Tribunal de Justiça já esclareceu que o conceito de «decisão» contido nesta disposição «abrange apenas os divórcios pronunciados quer por um tribunal estatal quer por uma autoridade pública ou sob seu controlo, o que exclui os simples divórcios privados, como o resultante de uma declaração unilateral de um dos cônjuges perante um tribunal religioso» [ponto 53 do acórdão de 15 de Novembro de 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht* (cit. *supra*, nota 51)], tendo precisado que apenas «quando uma autoridade extrajudicial competente aprova, após uma análise do mérito, um acordo de divórcio, este é reconhecido como «decisão» em conformidade com aquela disposição» (*ibidem*, ponto 60).

⁸³ A lei aplicável ao divórcio.

Estado⁸⁴) envolva um elemento de hetero-determinação em relação à conduta do ou dos cônjuges, não abrangendo assim aqueles em que ela não é em si mesma determinante na produção dos efeitos jurídicos das situações em causa (a que se aplicam os mecanismos gerais do direito internacional privado).

De todo o modo, sempre existem limites quanto à produção de tais efeitos, decorrendo eles sobretudo da necessidade de preservar os princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português, que podem desencadear o funcionamento (a título excepcional) deste mecanismo, tanto no caso do reconhecimento processual (artigo 980.º, alínea f) do Código de Processo Civil) como do reconhecimento internacional privatístico (artigo 22.º do Código Civil). Naquele, o nosso sistema contém ainda outras salvaguardas, como a do «respeito pelos princípios do contraditório e da igualdade das partes» que sempre deverá ser observado no processo estrangeiro. A aplicabilidade dessas salvaguardas nas situações de repúdio tem sido objecto de particular análise, uma vez que o carácter unilateral desta modalidade de divórcio parece justificar sem mais a sua utilização; mas, apesar disso, tem-se, nessa sede, afirmado uma tendência para não afastar de todo o reconhecimento, desde logo nas situações em que o cônjuge autor do pedido é o que foi alvo do repúdio, ou quando a situação não apresente conexões de natureza pessoal com o Estado em que ele é solicitado e, pelo contrário, elas se verifiquem com o sistema jurídico no âmbito do qual o repúdio teve lugar⁸⁵. Entre nós, o Tribunal da Relação de Lisboa já manifestou alguma abertura neste sentido⁸⁶, não tendo, porém, mais recentemente⁸⁷, mantido essa postura, ao entender que «a desconsi-

⁸⁴ Mas também de entidades religiosas, como sucede, por exemplo, no divórcio rabínico. Sobre o regime processual destes divórcios, cfr. Ytshak Cohen, «International Jurisdiction of the Rabbinical Courts for Divorce in Israel», in *Yearbook of Private International Law*, vol. XXI (2019/2020), p. 381-398.

⁸⁵ Cfr. as soluções (legal e jurisprudencial) referidas *supra*, na nota 57, e a Resolução do *Institut de Droit International* que mencionámos na nota 59.

⁸⁶ Ao reconhecer, mesmo a requerimento do cônjuge marido (de nacionalidade portuguesa e residente em Portugal na data do divórcio), e, portanto, autor do *talak*, um divórcio-repúdio em que a Requerida, de nacionalidade marroquina e residente em Marrocos nessa data, citada para os termos do processo respectivo e para comparecer a tentativa de conciliação, a que faltou, não tinha deduzido oposição ao pedido de revisão (acórdão de 18 de Outubro de 2007, referido *supra*, na nota 6).

⁸⁷ Designadamente no acórdão de 19 de Novembro de 2019 citado *supra*, na nota 8 e que mais atrás (*supra*, n.ºs 2 e 3) analisámos, e em que o Requerente da revisão era igualmente o cônjuge autor do *talak*, tendo a Requerida sido notificada presencialmente do

deração total de um dos cônjuges no procedimento de divórcio, com violação dos princípios do contraditório e da igualdade de armas é, neste caso, passível de violar a ordem pública internacional do Estado Português». Se esta afirmação em abstracto se compreende, já se nos afigura problemático que a diferente tomada de posição adoptada nas duas decisões se possa explicar pelo diverso condicionalismo fático e jurídico que as rodeia, uma vez que se não evidencia que o *talak*, homologado num caso pela Secção Notarial do Tribunal de Primeira Instância de Rabat e simplesmente objecto de certificação por um Notário no outro, tenha implicado, na primeira hipótese, uma qualquer decisão daquela entidade⁸⁸, continuando a resultar directamente da exclusiva vontade do cônjuge marido. Sendo certo que este carácter unilateral do divórcio, e a desconsideração da posição da mulher que esta característica pressupõe, não foi bastante para desencadear naquela primeira *fattispecie*⁸⁹ a actuação da excepção de ordem pública⁹⁰, que o tribunal claramente afastou, não sacrificando (antes promovendo) assim o (primordial) interesse dos interessados na continuidade e estabilidade das situações jurídicas em que se encontram envolvidos.

Se são estas as linhas de força essenciais que emergem da primeira decisão mencionada e que se referem aos efeitos directos do *talak*, resta aludir à problemática da eficácia incidental ou oblíqua desta forma de divórcio, com a qual se defronta a segunda sentença que considerá-mos⁹¹. Nesta, como se deixou dito, não estão em causa os efeitos típicos deste instituto (a própria dissolução da relação matrimonial), mas

pedido de revisão e não se lhe tendo oposto.

⁸⁸ E, muito menos, uma decisão «por sua própria autoridade sobre as questões controvertidas entre as partes», característica que seria essencial, segundo a jurisprudência da União, para que o acto de um órgão jurisdicional de um Estado-Membro possa ser considerado como decisão (cfr. já o acórdão de 2 de Junho de 1994, *Solo Kleinmotoren GmbH*, C-414/92, *Colectânea*, 1994, p. I-2247-2258, pontos 15 a 17).

⁸⁹ Aquela sobre que incidiu o acórdão da Relação de Lisboa de 18 de Outubro de 2007 citado *supra* na nota 6.

⁹⁰ Permanece assim em aberto (e porventura na expectativa de uma clarificação) a posição da Relação de Lisboa quanto à questão de saber se este tribunal mantém a via aberta pela primeira decisão referida, ao manifestar tolerância face à produção entre nós dos efeitos do *talak*, ainda que as condições em que possa ter lugar essa tolerância ganhassem em ser mais bem precisadas (ver a este respeito os ensaios feitos nesse sentido noutras ordens jurídicas, e a que aludimos *supra*, na nota 57, assim como o texto citado na nota 59).

⁹¹ O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 2022.

a possibilidade de fazer valer entre nós efeitos ulteriores daquele acto (no caso, a determinação judicial de uma dada atribuição patrimonial a um dos cônjuges, à custa do património do outro), e que apenas se tornaram possíveis em consequência daquela dissolução (que, no entanto, o tribunal estrangeiro não decreta por considerar que ela já se havia produzido⁹²). Nesta situação, compreende-se que o tribunal português se tenha recusado a produzir a desarmonia ou incongruência que decorreria do reconhecimento de consequências jurídicas à dissolução de um casamento, quando este último acto era considerado válido e eficaz em Portugal, encontrando-se ainda registado à face do nosso sistema jurídico⁹³.

O que nos leva, por último, a concluir que a questão dos termos do reconhecimento do *talak* (ou seja da medida em que se poderá entender que esse reconhecimento poderá não pôr em causa a ordem pública internacional do Estado Português) continua a ser o problema fundamental posto por este instituto ao nosso sistema jurídico⁹⁴. A este

⁹² Mas que se não havia produzido face à nossa ordem jurídica, onde o casamento havia de resto sido objecto de registo.

⁹³ Ainda que tal obrigue provavelmente a Requerente a propor em Portugal uma acção de divórcio – uma acção, recorde-se, que de resto que havia já sido instaurada contra si em Março de 2015 pelo Requerido, tendo o processo respectivo sido suspenso em Julho de 2016 por se encontrar em curso desde Janeiro de 2015, no Reino Unido, uma acção com o mesmo objecto instaurada pela Requerente (Requerente que na altura contestou por esse motivo a competência dos nossos tribunais).

⁹⁴ Como acontece de resto em relação ao casamento poligâmico, que da mesma forma se coloca no plano de um conflito de civilizações e a propósito do qual diversos ordenamentos europeus têm enfrentado dificuldades semelhantes às ocasionadas pelo divórcio-repúdio. A este respeito, além do estudo de PAUL LAGARDE («La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française») mencionado *supra*, na nota 20, vejamos os trabalhos de CRISTINA CAMPIGLIO, «Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'Occidente europeo», in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, v. XXVI (1990), n.º 4, p. 853-908, e MARZIA ROSSI, «Matrimonio e Multiculturalismo. Brevi considerazioni sull'istituto del matrimonio poligamico nell' Europa Occidentale e in Italia», *Symposia Melitensia*, n.º 13 (2017), p. 154-166, e, para uma visão global da problemática em que estas questões se inserem, as contribuições de PIERRE GANNAGÉ, «La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales», in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 164 (1979-III), p. 339-423, e, mais recentemente, JEAN DÉPREZ, «Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe Occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *ibidem*, t. 211 (1988), p. 9-372, e, por último, LÉA GANNAGÉ, «Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures», *ibidem*, t. 357 (2011-V), p. 223-490.

respeito, afigura-se-nos que se imporia uma solução intermédia⁹⁵, que favorecesse especialmente o reconhecimento nas situações em que o pedido de reconhecimento é formulado pelo cônjuge repudiado⁹⁶. É na verdade em situações deste tipo que tem sobretudo sentido favorecer uma relativização da actuação da excepção de ordem pública, na linha de uma concepção mais «individualizada»⁹⁷ deste mecanismo.

⁹⁵ Que, em lugar de se limitar a postergar ou admitir o jogo deste mecanismo, como sucedeu nas duas espécies acima referidas (respectivamente os acórdãos da Relação de Lisboa de 2007 e 2017 citados *supra*, nas notas 6 e 8) abrisse a porta a um tratamento diferenciado de hipóteses distintas, e que, na linha dos critérios referidos *supra*, nas notas 57 e 59, permitisse identificar situações em que se deva admitir o reconhecimento, ao lado de outras em que, por força da excepção de ordem pública, este se deva considerar excluído.

⁹⁶ Note-se, contudo, que na primeira decisão que conhecemos sobre esta problemática na nossa ordem jurídica (e que referimos *supra*, na nota 6) o Tribunal da Relação de Lisboa afastou a actuação da ordem pública internacional mesmo numa situação em que o autor do pedido de reconhecimento era o cônjuge que pronunciara o *talaq*.

⁹⁷ Porque mais centrada nos interesses dos sujeitos jurídicos concretos, designadamente naqueles que são mais desfavoravelmente tratados por certas ordens jurídicas, do que na importância dos valores jurídicos objecto de violação pelo acto apresentado ao reconhecimento. Cfr. neste sentido o estudo citado *supra*, na nota 57.



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

CÍVEL

SOCIAL

CRIMINAL

CULTURAL

JURISPRUDÊNCIA

As plataformas digitais e o novo artigo 12.º-A do Código do Trabalho: empreendendo ou trabalhando?

JOÃO LEAL AMADO

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RESUMO: neste texto ensaia-se uma reflexão sobre o sentido e alcance do novo artigo 12.º-A do Código do Trabalho, aditado pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, norma que veio criar uma nova “presunção de laboralidade”, no âmbito da prestação de atividade para plataformas digitais.

ABSTRACT: this text attempts to reflect on the meaning and scope of the new artigo 12.º-A of the Labor Code, added by Law n.º 13/2023, of April 3, a norm that created a new “presumption of employment”, within the scope of the provision of activity for digital platforms.

PALAVRAS-CHAVE: plataformas digitais; contrato de trabalho; presunção de laboralidade

KEYWORDS: digital platforms; employment contract; presumption of employment

«As categorias de trabalho subordinado, também conhecido como emprego, e de trabalho autônomo foram construídas a partir de uma diferença básica: o trabalhador subordinado está inserido na atividade econômica alheia, enquanto o autônomo realiza atividade econômica própria. O trabalhador subordinado, ou empregado, presta trabalho em negócio alheio, enquanto o segundo realiza negócio próprio. O empregado é, como o próprio nome já diz, *empregado* em negócio alheio, no sentido comum de “utilizado”, ou seja, o *emprego* é o fato do empregador *empregar*

ou *utilizar* o empregado em sua atividade econômica. Por outro lado, o trabalhador autônomo não é empregado por empreendimento alheio, pois ele mesmo realiza pessoalmente o seu próprio negócio. O trabalhador autônomo tem sua própria empresa ou empreendimento. (...). Um trabalhador autônomo é justamente aquele que realiza um trabalho individual por conta própria, ou seja, que realiza negócio próprio em empreendimento por ele mesmo organizado e estruturado; por sua vez, o empregado não realiza empreendimento, não tem negócio próprio e apenas se insere na atividade econômica de outrem ou a ela adere».

RODRIGO DE LACERDA CARELLI, “O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei”, in *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, 2020, pp. 74–75.

1. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS VIA/PARA PLATAFORMA DIGITAIS

As profundas mudanças registadas, nos últimos anos, na forma de trabalhar e nos modos de prestar serviços, pondo em contacto a oferta e a procura, interpelam, crescentemente, o Direito. E também, claro, o Direito do Trabalho. Em particular, o trabalho prestado com recurso a plataformas digitais, seja a que nos proporciona uma alternativa de transporte ao clássico táxi, seja a que nos permite encomendar o almoço ou o jantar através de uma cómoda *app*, tem colocado questões jurídicas delicadas, dir-se-ia que à escala universal, a primeira das quais consiste, claro, na qualificação da relação que se estabelece entre a empresa que opera na plataforma digital (a *Glovo*, a *Uber*, etc.) e os respetivos prestadores de serviços, aqueles que transportam os clientes ao seu destino (os motoristas) ou que lhes levam a casa a refeição (os chamados “entregadores” ou “estafetas”).

É sabido que o Direito do Trabalho foi um produto tardio da Revolução Industrial, nasceu num ambiente fabril e a pensar na situação dos operários, assumiu-se como “direito do contrato de trabalho”, um contrato marcado pela nota da dependência, da subordinação. A relação de troca entre trabalho e salário, estabelecida no cenário da velha fábrica – uma relação fortemente hierarquizada, em que o trabalhador está sujeito a um apertado controlo e vigilância por parte do empregador ou do “chefe”, em que o trabalhador não tem qualquer margem de autonomia operatória e se sujeita às ordens e aos comandos estritos

da contraparte, devendo, acima de tudo, obedecer –, esta relação encontra-se na gênese do Direito do Trabalho, correspondendo ao paradigma da sociedade industrial – uma sociedade em que, dir-se-ia, se registou a “sinédoque da subordinação”, uma espécie extremada de subordinação jurídica (mas uma espécie apenas, não o *genus*), registada entre o operário e a sua entidade empregadora, titular da empresa, a subordinação clássica, marcada por uma forte e constante heterodireção patronal dos diversos aspetos da prestação laboral (conteúdo, modalidades, tempo, lugar, etc.)¹.

É outrossim sabido, contudo, que a subordinação jurídica constitui uma noção de geometria variável, que comporta uma extensa escala gradativa. E, ao longo do século XX, no trânsito da sociedade industrial para uma sociedade pós-industrial, em que o setor dos serviços foi destroando a fábrica, foi-se também verificando uma flexibilização da subordinação. Esta não desapareceu, mas as formas de exercício dos poderes da entidade empregadora foram-se tornando mais dúcteis, mais sofisticadas e menos ostensivas. Vale dizer, a subordinação jurídica, a mais de conhecer *limites* (sob pena, aliás, de a condição do trabalhador se degradar a uma condição servil), também comporta *graus* distintos, tanto podendo ser muito intensa e constante como exprimir-se em moldes bastante ténues e até potenciais – desde logo, a subordinação jurídica não é incompatível com a autonomia tecnicoexecutiva, típica, por exemplo, das chamadas “profissões liberais”, como a advocacia ou a medicina, como aliás logo se retira do disposto no artigo 116.º do Código do Trabalho.

Em suma, a relação de trabalho que é objeto deste ramo do direito apresenta fronteiras difíceis de definir com precisão, havendo, decerto, zonas cinzentas nas suas margens, mas, como ensina a doutrina francesa, o seu conteúdo é um composto de *obediência* (a subordinação *stricto sensu*) e de *fraqueza* (a dependência). Ora, como acima se referiu, as *apps*, ao permitirem novas formas de prestar serviços, colocando em contacto a oferta e a procura, representam, sem dúvida, um dos desafios emergentes para o Direito do Trabalho. Afinal, os serviços fornecidos *via apps*, sejam serviços de transporte efetuados por um motorista, sejam serviços de entrega ao domicílio efetuados por um estafeta (só

¹ Neste sentido, assinalando que aquilo que ocorreu historicamente, com a subordinação, foi uma espécie de sinédoque – a identificação do todo por uma das partes que o compõem, pela subordinação clássica própria da grande fábrica –, identificação esta que deve ser superada, tendo em conta as transformações entretanto registadas no mundo do trabalho, *vd.* LORENA VASCONCELOS PORTO, *A subordinação no contrato de trabalho – uma releitura necessária*, LTR, São Paulo, 2009, pp. 43 e ss.

para darmos estes dois exemplos, frequentes nos nossos dias), relevam para o Direito do Trabalho, situando-se dentro das fronteiras deste ramo do ordenamento? Ou, pelo contrário, quem presta tais serviços são trabalhadores independentes, são, quiçá, microempresários, cuja atividade já está para além das fronteiras do direito laboral?

Não se ignora que o fenómeno da “plataformização” ou “uberização” do trabalho é muito mais vasto do que isto, sendo bem conhecida a distinção entre o chamado *crowdwork online*, que se refere a atividades que podem ser realizadas completamente *online* e oferecidas à escala global, e o *crowdwork offline* ou *work-on-demand via apps*, que exige uma execução local, que requer a prestação de uma atividade num determinado local, satisfazendo um cliente também espacialmente localizado. Na exposição subsequente, vamos centrar a nossa atenção nesta última modalidade, aquela que, na verdade, é mais visível e mais tangível, aquela que tem suscitado numerosas questões judiciais, por quase todo o lado².

É claro que qualificar o trabalho em plataformas³, o trabalho realizado com recurso a *apps*, como autónomo ou dependente sempre dependerá de uma apreciação casuística, que leve em conta os dados resultantes de cada tipo de relação, de cada concreto contrato. E também é claro que estas novas formas de prestar serviços levantam consideráveis dificuldades de enquadramento, até porque, infelizmente, não dispomos de um qualquer “subordinómetro” que nos forneça uma resposta infalível e irrefutável. Não espanta, por isso, que os tribunais, um pouco por toda a parte, se tenham confrontado com esta questão, chegando a resultados nem sempre coincidentes. Vejamos dois exemplos, relevantes em si, pelo seu conteúdo e pela entidade que decide, mas também por serem bastante recentes.

² Para maiores desenvolvimentos sobre toda esta temática, TERESA COELHO MOREIRA, *Di-reito do Trabalho na Era Digital*, Almedina, Coimbra, 2021.

³ Trabalho *humano* prestado através de plataformas digitais. Importa, com efeito, não cair no erro de acreditar que existem “trabalhadores digitais”. Como lucidamente observam RODRIGO CARELLI, MURILO OLIVEIRA e SAYONARA GRILLO, «the workers are always flesh and blood humans, with needs, desires and wills, and perform their functions in the real world, being simply camouflaged by the notion of “digital work”, that gives the impression that it is performed by a virtual being in the cyberspace» («Concept and criticism of digital labour platforms», *Labour & Law Issues*, vol. 7, n.º 1, 2021, pp. 39-40).

2. A GLOVO E O SUPREMO TRIBUNAL ESPANHOL

Na vizinha Espanha, o Tribunal Supremo proferiu uma decisão especialmente importante a este respeito, versando sobre o estatuto de um *riders*/estafeta da *Glovo*. Uma sentença paradigmática, proferida em 25 de setembro de 2020, do *Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 805/2020*, no Rec. 4746/2019. Esta decisão configura, ademais, um acórdão de unificação da doutrina e, por isso, cremos que se justifica divulgá-la. Ora, o Supremo Tribunal espanhol reconheceu a existência, *in casu*, de uma relação de emprego, de uma relação de trabalho dependente e subordinado, entre o *riders* e a *Glovo*. Em síntese, o tribunal afirmou que:

i) A *Glovo* não é uma mera intermediária na contratação de serviços entre estabelecimentos comerciais e estafetas; não se limita a prestar um serviço eletrónico de intermediação, consistente em pôr em contacto consumidores (os clientes) e autênticos trabalhadores autónomos, antes realiza também uma atividade de coordenação e organização do serviço produtivo;

ii) Trata-se de uma empresa que presta serviços de recovagem (de transporte e entrega de mercadorias), fixando o preço e as condições de pagamento do serviço, bem como as condições essenciais para a prestação de tais serviços; e é titular dos ativos essenciais para a realização da atividade;

iii) Para isso utiliza *riders*/estafetas que não dispõem de uma organização empresarial própria e autónoma, os quais prestam os seus serviços inseridos na organização de trabalho do empregador, submetidos à direção e organização da plataforma, como o demonstra o facto de a *Glovo* estabelecer todos os aspetos relativos à forma e preço do serviço de recolha e entrega de tais produtos;

iv) Ou seja, tanto a forma de prestação do serviço como o seu preço e forma de pagamento são estabelecidos pela *Glovo*; a empresa emite instruções que lhe permitem controlar o processo produtivo e instituiu meios de controlo que incidem sobre a atividade e não apenas sobre o resultado, mediante a gestão algorítmica do serviço, as avaliações dos *riders* e a geolocalização constante;

v) O *riders*/estafeta nem organiza por si só a atividade produtiva, nem negocia preços ou condições com os titulares dos es-

tabelecimentos que serve, nem recebe dos clientes finais a sua retribuição; *in casu*, o autor não tinha uma verdadeira capacidade para organizar a sua prestação de trabalho, carecendo de autonomia para isso e estando sujeito às diretrizes organizativas fixadas pela empresa; isso revela um exercício do poder empresarial quanto ao modo de prestação do serviço e um controlo da sua execução em tempo real que evidencia a presença do requisito de dependência próprio da relação laboral;

vi) Para prestar esses serviços, a *Glovo* serve-se de um programa informático que atribui os pedidos em função da avaliação de cada *riders*/estafeta, o que condiciona decisivamente a teórica liberdade de escolha de horários e de recusa de tais pedidos; ademais, a *Glovo* desfruta de um poder para sancionar os seus *riders* por uma pluralidade de condutas diferentes, o que é uma típica manifestação do poder diretivo e disciplinar do empregador;

vii) Através da plataforma digital, a *Glovo* leva a cabo um controlo em tempo real da prestação do serviço em causa, sem que o *riders* possa realizar a sua tarefa desvinculado da referida plataforma; devido a isso, o *riders* goza de uma autonomia muito limitada, que apenas abrange questões secundárias (que meio de transporte utiliza e que rota segue para realizar a entrega), pelo que o tribunal concluiu que concorrem, no caso, as notas definidoras de um contrato de trabalho entre o autor e a empresa demandada.

É certo que a margem de liberdade operacional do *riders*/estafeta é maior, bem maior, do que aquela de que dispunha o operário da velha fábrica fordista: o *riders* não parece estar sujeito a um dever de assiduidade e pontualidade (ele não tem de estar sempre disponível, pode escolher as faixas horárias em que estará pronto a prestar serviço, pode até recusar certos serviços em concreto), nem está sujeito a um dever de exclusividade ou, sequer, a um dever de não concorrência (pode trabalhar para vários operadores de plataforma, prestando o mesmo tipo de serviços a empresas concorrentes), ele utiliza instrumentos de trabalho próprios (o carro, a motorizada, a bicicleta, o *smartphone*)...

Ainda assim, os traços indiciadores de dependência são muito fortes e vincados: o estafeta (tal como, de resto, o motorista) não tem clientes, quem os tem é a *Glovo*, é esta que contacta com o mercado; os estafetas trabalham sob a marca *Glovo*, estão sujeitos a diversas formas de controlo e avaliação algorítmica por parte da *Glovo*, sendo esta que fixa os preços do serviço, etc.

A narrativa segregada pelas empresas que operam nas plataformas digitais, segundo a qual os prestadores de serviços *via apps* (os estafetas, os motoristas, etc.) desejam flexibilidade e autonomia, o que seria contrário à sua qualificação como trabalhadores dependentes, revela-se, a nosso ver, falaciosa. Isto porque o Direito do Trabalho nunca se opôs, nem se opõe, à liberdade do trabalhador. O Direito do Trabalho opôs-se e opõe-se, sim, a certas “liberdades” do empregador, que resultam da posição dominante que este ocupa na relação que estabelece com as pessoas que lhe prestam serviços (a liberdade de pagar salários baixíssimos, a liberdade de fazer com que os trabalhadores laborem durante períodos excessivos e sem observar o necessário repouso, a liberdade de despedir esses trabalhadores quando entender e pelas razões que entender, etc.).

Reiteramos: *em matéria de qualificação, tudo dependerá, como é óbvio, das circunstâncias concretas de cada relação, de cada contrato, dos direitos e obrigações das partes, da dinâmica relacional que entre elas se estabeleça.* Mas, aqui chegados, afirmamos: *a circunstância de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios, bem como de estar dispensado de cumprir deveres de assiduidade, pontualidade e não concorrência, não é incompatível com a existência de uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma eletrônica.*

Em suma, cremos que tudo estará, pois, em o Direito do Trabalho acolher estes novos prestadores de serviços *via apps* no seu seio, procedendo à devida adaptação regimental, isto é, construindo um regime laboral calibrado e ajustado às características destas novas formas de prestar serviços. Porque, convenhamos, ao olhar para um qualquer estafeta, daqueles que percorrem velozmente as ruas nas suas motos (ou, mais lentamente, pedalando nas suas bicicletas), creio que nenhum de nós se convence, seriamente, de que ali vai um empresário – seja um microempresário, um motoempresário ou um cicloempresário...

Não. O *rider* presta a sua atividade para uma organização produtiva alheia; os frutos da sua atividade não lhe pertencem, originariamente, mas sim a outrem, a essa organização produtiva; ele não possui uma organização empresarial própria; ele não assume riscos de ganhos ou de perdas, estes são assumidos pela empresa sob cuja marca ele presta serviços. Ali vai, portanto, motorizado ou pedalando, um trabalhador dependente, um trabalhador do séc. XXI, diferente, decerto, dos seus pais, avós ou bisavós, mas, afinal, ainda um trabalhador dependente – um subordinado de novo tipo, com contornos distintos dos tradicionais, mas, em última instância, ainda dependente e subordinado na forma como desenvolve a sua atividade.

Se estas novas formas de prestar trabalho, criadas pela fantástica evolução da tecnologia, podem constituir, como por vezes se diz, uma *terra de grandes oportunidades*, não cremos que tal terra deva ser uma terra sem lei, máxime sem lei laboral. Seria até uma traição à missão histórica do Direito do Trabalho que este construísse – ou que este deixasse que se construísse – um muro conceptual e mantivesse aqueles (motoristas, estafetas, etc.) lá fora, do outro lado do muro. Esta importantíssima decisão do Supremo Tribunal espanhol representa, cremos, um passo na direção certa, desconstruindo o muro que alguns querem que exista entre estes trabalhadores de novo tipo e o Direito do Trabalho⁴.

O que está em jogo é, como bem notam Rodrigo Carelli e Murilo Oliveira, o próprio futuro do Direito do Trabalho. Nas suas palavras, «que está em jogo, e isso que faz a disputa em torno do trabalho em plataformas ser tão importante, é o local e o papel do Direito do Trabalho na sociedade: a sua manutenção e fortalecimento como parte dos direitos fundamentais, como previsto em nossa Constituição, ou a sua prescindibilidade, em um mercado de trabalho de cunho neoliberal de concorrência de todos contra todos sob o modelo de subjetivação de empresa»⁵.

3. A UBER E O SUPREME COURT BRITÂNICO

Mais recentemente ainda, a 19 de fevereiro de 2021, o *Supreme Court* do Reino Unido proferiu uma importante decisão, no processo *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*, na qual, uma vez mais, os tribunais britânicos rejeitaram a tese de que os motoristas da Uber devam ser tidos como microempresários ou como *self-employed independent contractors*, classificando-os, antes, como autênticos *workers* da Uber. Segundo o Supremo Tribunal, não é a Uber que trabalha para os seus motoristas, a inversa é que é verdadeira: a Uber é uma empresa que explora um serviço/negócio de transportes (a Uber não é uma mera *technology company*, não é uma mera plataforma digital que preste serviços de intermediação, antes está no mercado para fornecer serviços de transporte) e os motoristas disponibilizam a mão

⁴ Para desenvolvimentos a este respeito, JOÃO LEAL AMADO e TERESA COELHO MOREIRA, «A Glovo, os riders/estafetas e o Supremo Tribunal de Espanha: *another brick in the wall?*», *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2020-II, pp. 121-151.

⁵ RODRIGO LACERDA CARELLI e MURILO SAMPAIO OLIVEIRA, *As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no século XXI*, Editora Dialética, Belo Horizonte, 2021, p. 21.

de obra especializada através da qual a empresa fornece os seus serviços ao público e auferir os seus lucros; o contrato central entre o motorista e a Uber consiste em aquele, mediante remuneração, se disponibilizar para transportar – e transportar efetivamente – os passageiros Uber para os seus destinos; o acordo entre as partes localiza-se no campo das relações de trabalho dependente, não sendo um contrato entre iguais celebrado por duas organizações empresariais independentes, sendo que os motoristas não contactam diretamente com o mercado, antes são recrutados pela Uber para trabalharem e nesta se integram como componentes da respetiva organização. Em suma, os motoristas desenvolvem a sua atividade para a marca Uber, vale dizer, eles não são trabalhadores por conta própria ou pequenos empresários que contactem com o mercado, que laborem para uma clientela indeterminada, pelo contrário, os seus clientes são pessoas indicadas pela Uber – os motoristas fornecem, afinal, a mão de obra de que a Uber necessita para explorar o seu próprio negócio⁶.

Vale a pena recapitular o essencial da argumentação expendida, *in casu*, pelo *Supreme Court*: a remuneração paga aos motoristas pelo trabalho é fixada pela Uber e os motoristas não têm qualquer palavra a dizer quanto a isto (salvo, claro, ao decidirem quando trabalhar e quanto trabalham prestam); as condições contratuais ao abrigo das quais os motoristas prestam os seus serviços são ditadas pela Uber; muito embora os motoristas tenham, em abstrato, liberdade para escolher quando trabalham, a verdade é que, a partir do momento em que um motorista se conecta, através da *app* da Uber, a sua margem de liberdade efetiva quanto à aceitação dos pedidos de transporte encontra-se, de facto, muito condicionada pela Uber; a Uber exerce um controlo muito significativo sobre a forma como os motoristas executam os seus serviços (através da tecnologia utilizada e, bem assim, através dos sistemas de avaliação da performance do motorista, que podem, no limite, levar à sua “desativação”); a Uber restringe a comunicação entre o passageiro e o motorista ao mínimo indispensável para realizar o serviço de transporte em causa e toma medidas ativas em ordem a impedir os motoristas de estabelecerem qualquer relação com o passageiro que possa estender-se para além daquela concreta corrida. Assim sendo, o *Supreme Court* conclui: «Ponderando estes fatores conjuntamente, pode ver-se que o serviço de transporte realizado pelos motoristas e oferecido aos

⁶ Este caso agora decidido, em definitivo, pelo *Supreme Court*, foi objeto de uma primeira sentença do *Employment Tribunal* de Londres, proferida em 28 de outubro de 2016. Sobre esta decisão, *vd.* o comentário de JOÃO LEAL AMADO e CATARINA GOMES SANTOS, «A Uber e os seus motoristas em Londres: *mind the gap!*», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 4001, nov.-dez. de 2016, pp. 111-127.

passageiros através da *app* da Uber é definido e controlado, em moldes muito estritos, pela Uber. Além disso, o mesmo é concebido e organizado de forma a providenciar um serviço estandardizado aos passageiros, no qual os motoristas são tidos como substancialmente fungíveis (“interchangeable”) e do qual a Uber, e não os concretos motoristas, desfruta dos benefícios da lealdade e “goodwill” dos clientes. Vistas as coisas da perspetiva dos motoristas, esses mesmos fatores – em particular, a impossibilidade de oferecer um serviço distinto ou de estabelecer o preço dos serviços e o controlo da Uber sobre todos os aspetos da sua interação com os passageiros – significam que eles têm pouca ou nenhuma capacidade para melhorar a sua posição económica através de qualquer “skill” profissional ou empresarial. Na prática, a única forma através da qual eles podem aumentar os seus rendimentos consiste em trabalhar mais horas, sempre correspondendo aos padrões de performance fixados e exigidos pela Uber» (§101, tradução nossa).

Em suma, no caso em apreço o tribunal não teve dúvidas de que os motoristas da Uber eram *workers* e não genuínos *independent contractors*. Aqueles estão, em relação à Uber, numa situação de subordinação ou, ao menos, de “parassubordinação”, prestando trabalho para esta empresa numa posição de acentuada dependência económica. *Employee* ou *worker*, o certo é que, para o Supremo Tribunal, os motoristas da Uber não são *self-employed independent contractors*. Tanto basta para que as leis do trabalho, em matéria de jornada e de salário, lhes sejam aplicáveis. E, acrescenta o tribunal, não há manobras de engenharia jurídica, efetuadas por argutos advogados, que possam obstar a tal aplicação.

Eis, a nosso ver, a grande lição a retirar desta importante sentença. É que, por vezes, vai uma grande distância entre a engenharia contratual (e o imaginativo emaranhado terminológico adrede utilizado) e a realidade relacional. Nem *partner* nem *customer*, o *driver* é, afinal, vistas as coisas como elas são, um *worker* da Uber⁷.

⁷ Para maiores desenvolvimentos, JOÃO LEAL AMADO e TERESA COELHO MOREIRA, «A Uber, o motorista e o cliente: três ou quatro? A propósito de uma decisão do *Supreme Court* do Reino Unido», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n.º 2, 2021, *RIDT*, n.º 2, 2021, bem como ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES e LUÍSA TEIXEIRA ALVES, «Trabalho suportado em plataformas digitais. Um ensaio de jurisprudência comparada», *Questões Laborais*, n.º 58, 2021, pp. 7-44, e ROSÁRIO PALMA RAMALHO, «Autonomia, subordinação jurídica e dependência económica no trabalho em plataformas digitais», *Trabalho na era digital: que direito?*, Estudos APODIT, n.º 9, AAFDL, Lisboa, 2022, pp. 307-323.

Entre nós, não havendo jurisprudência, o certo é que já dispomos de uma “lei Uber”, a Lei n.º 45/2018, de 10 de agosto, a lei do TVDE (transporte individual remunerado de

4. O LIVRO VERDE SOBRE O FUTURO DO TRABALHO E O TRABALHO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Entre nós, o *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho*⁸ traçou, nesta matéria, uma linha de rumo promissora. Com efeito, nele pode ler-se o seguinte, como uma das linhas de reflexão para as políticas públicas em matéria de plataformas digitais: «Criar uma presunção de laboralidade adaptada ao trabalho nas plataformas digitais, para tornar mais clara e efetiva a distinção entre trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria, sublinhando que a circunstância de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios, bem como o facto de estar dispensado de cumprir deveres de assiduidade, pontualidade e não concorrência, não é incompatível com a existência de uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital»⁹.

Cremos que estes pontos devem ser registados, sublinhados e aplaudidos: criar uma presunção de laboralidade, adaptada às novas formas de prestar trabalho via *apps*; sublinhar que o facto de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios ou não estar sujeito a certos deveres inerentes à relação laboral tradicional não obsta, por si só, à existência de trabalho subordinado; e, *last but not least*, afirmar que poderá existir uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital – tudo isto nos parece corresponder a premissas muito acertadas e promissoras na abordagem destas questões.

Quanto à presunção de laboralidade a criar, era de supor que a mesma viesse a traduzir-se numa espécie de réplica do artigo 12.º do Código

passageiros em veículo descaracterizado), diploma que, todavia, obriga a constituir um novo ente neste domínio, a mais do operador de plataforma eletrónica, do motorista e do cliente – o chamado “operador de TVDE”, cujo préstimo e função são muito duvidosos.

⁸ Livro elaborado por iniciativa do Governo, no âmbito do Ministério do Trabalho e Solidariedade Social, que teve como coordenadores científicos TERESA COELHO MOREIRA e GUILHERME MACHADO DRAY.

⁹ A consagração de uma presunção de laboralidade neste domínio foi também acolhida por uma recente lei espanhola, o Real Decreto-lei 9/2021, de 11 de maio, nos termos do qual, por aplicação do estabelecido no artigo 8.1 do *Estatuto de los Trabajadores*, presume-se incluída no âmbito desta lei a atividade das pessoas que prestem serviços retribuídos consistentes na entrega ou distribuição de qualquer produto de consumo ou mercadoria, por parte de empregadores que exerçam as faculdades empresariais de organização, direção e controlo de forma direta, indireta ou implícita, mediante a gestão algorítmica do serviço ou das condições de trabalho, através de uma plataforma digital.

do Trabalho¹⁰, isto é, talvez se pudesse presumir a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre o prestador de serviço e o operador de plataforma digital, se verificassem algumas características, entre elas as seguintes: i) o prestador não dispor, perante o cliente, de uma organização empresarial própria e autónoma, antes prestar o seu serviço inserido na organização de trabalho da plataforma; ii) ser a plataforma digital a fixar os preços para o serviço realizado na mesma e a remuneração devida ao prestador, processando aquela os pagamentos a efetuar; iii) a plataforma digital levar a cabo um controlo em tempo real da prestação do serviço em causa, sem que o prestador possa realizar a sua tarefa desvinculado da plataforma, designadamente mediante a gestão algorítmica do serviço e através de sistemas de geolocalização constante do prestador; iv) a plataforma digital submeter o prestador a sistemas de avaliação por parte dos beneficiários do serviço e fornecer aos mesmos a avaliação ou o *rating* dos seus trabalhadores; v) a plataforma digital gozar de poderes de sancionar, por várias formas, o prestador que seja alvo de uma avaliação tida como insatisfatória, inclusive impedindo-o de aceder à aplicação que lhe permite contactar com a clientela, “desativando-o”.

Creemos que uma presunção legal deste tipo (uma presunção, naturalmente, *juris tantum*, que admita prova em contrário) seria muito útil, em ordem a destrinçar as situações de trabalho dependente que aqui proliferam daquelas em que existe real autonomia por parte do prestador de serviço, sobretudo se tal presunção for associada ao reforço do papel inspetivo da Autoridade para as Condições de Trabalho nesta matéria e ao eventual recurso à ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, já hoje prevista no Código de Processo do Trabalho¹¹.

Seja-nos permitida uma nota final, antes de nos debruçarmos sobre a nova norma, aditada ao CT. É claro que, também aqui, há um meio-termo, a saber, a qualificação dos prestadores de atividade via plataformas digitais como *trabalhadores autónomos economicamente depen-*

¹⁰ Sobre a presunção constante do artigo 12.º do Código do Trabalho, uma presunção muito útil, em geral, mas que se revela impotente perante as novas formas de prestar trabalho através de plataformas digitais, permitimo-nos remeter para JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 65-71.

¹¹ Registe-se, a este propósito, que o problema do trabalho nas plataformas digitais está a ser alvo de intensa discussão ao nível da União Europeia, anunciando-se para breve a aprovação de uma diretiva sobre a matéria, da qual constará, ao que se pensa, o estabelecimento de uma “presunção de laboralidade”. A proposta de Diretiva Europeia sobre o trabalho nas plataformas digitais já foi apresentada, mas a discussão tem sido agitada e a sua aprovação promete demorar.

*dent*es, com um estatuto jurídico equiparado, até certo ponto, ao dos trabalhadores subordinados (veja-se, a este propósito, o disposto nos artigos 10.º, 10.º-A e 10.º-B do CT revisto pela Lei n.º 13/2023). Pela nossa parte, confessamos nutrir bastantes reservas – e até dificuldades, dir-se-ia, de “ordem racionativa” – em relação a esta categoria híbrida, de “parassubordinados”, há muito conhecida da nossa lei (já se encontrava prevista na velha LCT, de 1969), mas com escassíssima aplicação prática.

5. A “AGENDA DO TRABALHO DIGNO” E O NOVO ARTIGO 12.º-A DO CÓDIGO DO TRABALHO

Através da Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, diploma que aprovou a chamada “agenda do trabalho digno”, o legislador veio então consagrar uma presunção de laboralidade nesta matéria, aditando uma nova disposição, o artigo 12.º-A, ao Código do Trabalho. Trata-se, sem dúvida, de uma norma bastante complexa, que apresentou diversas versões ao longo do conturbado processo de elaboração do diploma, convertendo-se, afinal, numa disposição muito (demasiado) extensa e longa, com nada menos de 12 números e diversas alíneas, que logra ocupar duas páginas inteiras de qualquer versão em papel do Código do Trabalho revisto!

As linhas que seguem constituem uma primeira e necessariamente perfunctória reflexão sobre a norma em causa, mais destinadas a formular questões e a suscitar dúvidas do que a dar respostas e a aplacar essas dúvidas. Em jeito de primeira aproximação ao preceito, cremos dever sublinhar o seguinte:

- i) No seu n.º 1, o artigo em causa presume a existência de contrato de trabalho entre o prestador de atividade e a plataforma digital quando se verificarem algumas (dir-se-ia: pelo menos duas) das características enunciadas ao longo das seis alíneas que integram esse número. São as seguintes:
 - a) A plataforma digital fixa a retribuição para o trabalho efetuado na plataforma ou estabelece limites máximos e mínimos para aquela;
 - b) A plataforma digital exerce o poder de direção e determina regras específicas, nomeadamente quanto à forma de apresentação do prestador de atividade, à sua conduta perante o utilizador do serviço ou à prestação da atividade;

- c) A plataforma digital controla e supervisiona a prestação da atividade, incluindo em tempo real, ou verifica a qualidade da atividade prestada, nomeadamente através de meios eletrónicos ou de gestão algorítmica;
- d) A plataforma digital restringe a autonomia do prestador de atividade quanto à organização do trabalho, especialmente quanto à escolha do horário de trabalho ou dos períodos de ausência, à possibilidade de aceitar ou recusar tarefas, à utilização de subcontratados ou substitutos, através da aplicação de sanções, à escolha dos clientes ou de prestar atividade a terceiros via plataforma¹²;
- e) A plataforma digital exerce poderes laborais sobre o prestador de atividade, nomeadamente o poder disciplinar, incluindo a exclusão de futuras atividades na plataforma através de desativação da conta;
- f) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencem à plataforma digital ou são por estes explorados através de contrato de locação¹³.

Atendendo ao teor destas alíneas, que constituem a base da presunção legal, diríamos que a forma como o legislador consagrou a presunção merece críticas, quer pelo que consta de algumas alíneas, quer pelo que lá falta. Vejamos.

O preceito merece críticas pelo que consta em algumas das suas alíneas, porque, cremos, aludir, na base da presunção, como elemento indiciário do qual se infere o dado, supostamente desconhecido, da

¹² A redação desta alínea não prima pela clareza, afigurando-se que o segmento “através da aplicação de sanções” aparece deslocado, devendo ser feita essa referência, quando muito, na parte final da alínea, como possível forma de a plataforma efetivar a restrição da autonomia do prestador de atividade quanto à organização do trabalho. Ficaria melhor assim, como pensamos ser a intenção do legislador: a plataforma digital restringe a autonomia do prestador de atividade quanto à organização do trabalho, especialmente quanto à escolha do horário de trabalho ou dos períodos de ausência, à possibilidade de aceitar ou recusar tarefas, à utilização de subcontratados ou substitutos, à escolha dos clientes ou de prestar atividade a terceiros via plataforma, através da aplicação de sanções.

¹³ O texto da lei apresenta aqui, cremos, uma gralha, devendo ler-se: os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencem à plataforma digital ou são por *esta* explorados através de contrato de locação. O lapso foi, entretanto, corrigido pela Declaração de Retificação n.º 13/2023, de 29 de maio.

existência de um contrato de trabalho, ao exercício de “poder de direção” (al. b) e de “poder disciplinar” (al. e) por parte da plataforma digital constitui uma autêntica petição de princípio, falácia que o legislador poderia e deveria ter evitado. Recorde-se que, nos termos do artigo 349.º do Código Civil, uma presunção legal consiste numa ilação que a lei tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido. Ora, convenhamos, se o prestador de atividade provar que a plataforma digital exerce sobre ele tanto o poder de direção como o poder disciplinar não parece que tenha nada mais a provar para que o tribunal conclua, diretamente e sem dar um salto no desconhecido, que está perante um contrato de trabalho. Não há, aqui, qualquer ilação, o que há é um mero raciocínio circular. Em suma, este é, decerto, um legislador bem intencionado, mas é também, estranhamente, um legislador que não parece saber muito bem o que seja isso de uma presunção legal...

Por outro lado, o preceito merece também críticas pelo que falta nas suas alíneas, porque cremos que a lei deveria ter concedido atenção, neste âmbito, à circunstância de o prestador não dispor, perante o cliente, de uma organização empresarial própria, encontrando-se inserido numa organização de trabalho alheia. Isto tanto mais quanto se sabe que a própria noção legal de contrato de trabalho, vertida no artigo 11.º do CT, deixou de aludir à “direção” patronal, tendo substituído esse termo pela ideia de inserção do trabalhador no “âmbito de organização” da entidade empregadora¹⁴.

- ii) No n.º 2, o legislador ensaia uma definição do que seja “plataforma digital”, para efeitos do número anterior. Compreende-se o

¹⁴ Para alguns autores, os retoques dados pelo artigo 11.º do CT na noção de contrato de trabalho, quando comparada com a noção clássica, vertida no artigo 1152.º do Código Civil (referência à inserção «no âmbito de organização» e eliminação da menção à «direção» patronal) permitem agilizar a noção de subordinação laboral, alargando as fronteiras do Direito do Trabalho às novas formas de prestação dependente de serviços. Nestes termos, LIBERAL FERNANDES, para quem a nova formulação da noção de contrato de trabalho representa uma alteração suscetível de agilizar a qualificação do elemento subordinação, adotando um conceito mais flexível de subordinação laboral, de forma a abranger as novas formas de organização do trabalho e passando esta nova matriz de laboralidade a abranger os trabalhadores economicamente dependentes – «A noção de contrato de trabalho no Código de 2009: evolução ou continuidade?», *Questões Laborais*, n.º 51, 2017, pp. 113-122. Também MONTEIRO FERNANDES considera existir uma tendência para passar do critério formal da subordinação jurídica (assente na existência de uma posição de *autoridade juridificada* de um sujeito sobre o outro) para o critério material da dependência económica (assente numa situação de *supremacia de facto* derivada da posição de um dos sujeitos perante o mercado e o processo produtivo) – «Deverá a subordinação jurí-

esforço, ainda que, como é sabido, definir seja incluir e excluir, o que pode revelar-se particularmente delicado e até perigoso quando estamos perante um fenómeno tão variado, complexo, dinâmico e mutável como é o das plataformas digitais.

- iii) Nos seus n.º 3 e 4, o artigo 12.º-A afirma, dir-se-ia, o óbvio, a saber: que o disposto no n.º 1 se aplica, independentemente da denominação que as partes tenham atribuído ao respetivo vínculo jurídico (n.º 3); e que a presunção prevista no n.º 1 pode ser ilidida nos termos gerais¹⁵, “nomeadamente se a plataforma digital fizer prova de que o prestador de atividade trabalha com efetiva autonomia, sem estar sujeito ao controlo, poder de direção e poder disciplinar de quem o contrata” (n.º 4). O que, por um lado, está muito bem, dado que a presunção legal surge como forma de auxiliar o aplicador do direito na tarefa de qualificar corretamente uma dada relação jurídica, aplicando o chamado “princípio da primazia da realidade”, segundo o qual “os contratos são o que são, não o que as partes dizem que são”. Mas, por outro, denota a fraca técnica jurídica do legislador, o qual, a um tempo, se refere ao poder de direção e ao poder disciplinar da plataforma, como base da presunção, e, em simultâneo, usa a ausência de poder de direção e de poder disciplinar como forma de ilidir a presunção por ele estabelecida...
- iv) A plataforma digital pode, todavia, tentar ilidir a presunção de outra forma, dir-se-ia que menos canónica: em lugar de contestar que o contrato em causa é de trabalho, com subordinação jurídica, a plataforma pode argumentar que a entidade contratante do prestador de atividade é outra que não ela, é um intermediário, isto é, uma «pessoa singular ou coletiva que atue como intermediário da plataforma digital para disponibilizar os serviços através dos respetivos trabalhadores» (n.º 5). Em tal hipótese, ou caso o prestador de atividade alegue, ele mesmo, que é um trabalhador subordinado ao serviço do referido intermediário, a presunção de laboralidade estabelecida no n.º 1 será também aplicável, “com as necessárias adaptações”, concluindo

dica manter-se como elemento qualificador?», JOSÉ JOÃO ABRANTES (coord.), *II Congresso Europeu de Direito do Trabalho*, Almedina, FDUNL, 2018, pp. 97-107.

¹⁵ Como é sabido, as presunções legais são, em regra, *juris tantum* e não *juris et de jure*, vale dizer, podem ser ilididas mediante prova em contrário, exceto nos casos em que a lei o proibir (artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil). No n.º 4 deste artigo 12.º-A o legislador entendeu, ainda assim, reiterar aquilo que já resultaria do Código Civil – o que, sendo inútil, também não prejudica.

o legislador que caberá ao tribunal determinar quem é, in casu, a entidade empregadora (n.º 6).

A plataforma pode, portanto, ou tentar persuadir o tribunal de que o contrato que celebrou com o prestador não é de trabalho, ou tentar persuadir o tribunal de que nem sequer celebrou qualquer contrato com o prestador de atividade, antes quem contratou com este teria sido outrem, um intermediário. Nesta segunda hipótese, porém, mesmo que o tribunal conclua que há contrato de trabalho e que este foi celebrado com o intermediário, nem por isso a plataforma sairá de cena, em virtude da responsabilidade solidária que sobre ela recai, por força do n.º 8, a que *infra* se fará referência.

- v) Pelo exposto, parece que esta “presunção de laboralidade” se revela, afinal, como uma presunção bidimensional: objetiva, sobre a natureza do negócio (contrato de trabalho ou uma qualquer modalidade de contrato de prestação de serviço?), mas também subjetiva, sobre os próprios sujeitos do negócio (a contraparte do prestador de atividade é a plataforma digital ou um intermediário da plataforma, que nela opera disponibilizando os serviços através dos seus trabalhadores?). Parece que os factos-base da presunção legal, vertidos no n.º 1, poderão conduzir o tribunal a decidir sobre ambas as questões: se há ou não um contrato de trabalho e quem é, afinal a entidade empregadora em tal contrato.
- vi) Destarte, a lei acaba por legitimar a presença e a atuação, nesta sede, do intermediário¹⁶, mas cumpre assinalar que essa legitimação é temperada por via do estabelecimento da regra da responsabilidade solidária da plataforma digital, visto que, segundo

¹⁶ Esta foi, talvez, a questão que maior controvérsia suscitou, no processo que conduziu à criação da presente “presunção de laboralidade”. Com efeito, na 1.ª versão da Agenda do Trabalho Digno (publicada em separata do *Boletim do Trabalho e Emprego*, n.º 33, de 29/10/2021), a presunção era estabelecida no quadro de uma relação a dois, entre a plataforma digital e o prestador de atividade (o artigo 12.º-A tinha, nessa versão, seis números). Já na 2.ª versão da Agenda (publicada em separata do *Diário da Assembleia da República*, n.º 14, de 22/06/2022), pelo contrário, a “presunção de laboralidade” era estabelecida, sendo que a entidade empregadora, em tal relação, tanto podia ser a plataforma digital como o intermediário que nela operasse (o artigo 12.º-A tinha, nessa versão, oito números). Depois da discussão na especialidade em sede parlamentar, vingou uma tese compromissória, que prevê, em primeira linha, a existência de uma relação de trabalho entre o prestador de atividade e a plataforma digital (n.º 1), mas admite que o contrato em causa tenha como sujeito, não a plataforma, mas o intermediário que nela opere (n.º 5 e 6). Com tudo isto, o preceito engordou substancialmente, apresentando, na versão final, nada menos do que uma dúzia de números.

dispõe o n.º 8 do artigo 12.º-A, a plataforma digital e a pessoa singular ou coletiva que atue como intermediário da plataforma digital para disponibilizar os serviços dos respetivos trabalhadores (bem como os respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com estas se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo), serão solidariamente responsáveis pelos créditos do trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, celebrado entre o trabalhador e o referido intermediário da plataforma digital. Ou seja, ainda que se conclua que o empregador é o intermediário, tal não isentará a plataforma digital de responder solidariamente pelos créditos laborais do trabalhador, o que, decerto, em muito reforça a garantia do efetivo cumprimento das obrigações patronais nesta sede¹⁷.

Ao responsabilizar a plataforma digital, mesmo que não seja esta a contratar o prestador de atividade, a lei engendrou uma solução que, cremos, vai obrigar as plataformas a tomar as devidas cautelas em relação aos intermediários que nelas operem, levando-as a tomar medidas em ordem a garantir a idoneidade e a solvabilidade de tais intermediários, sob pena de a plataforma acabar por ter de assumir as dívidas perante o trabalhador – o que nos parece de aplaudir. Aliás, não deixa de ser curioso que a inversa não é verdadeira, isto é, a plataforma digital responde solidariamente com o intermediário quando o contrato for celebrado por este com o trabalhador, mas o intermediário já não responde solidariamente com a plataforma digital na hipótese de o contrato de trabalho ser celebrado por esta. O que, bem vistas as coisas, parece denunciar alguma má consciência do legislador por dar luz verde para a atuação de intermediários neste domínio, dando o mesmo legislador sinais de que, em última análise, quem detém aqui o poder decisório e, quiçá, o músculo financeiro (*power follows the money...*) é, sempre, a plataforma, quem quer que assuma a contratação dos trabalhadores em causa.

- vii) O n.º 7 do preceito consagra um princípio de não discriminação no tocante às condições de trabalho estabelecidas pela platafor-

¹⁷ Sobre as obrigações solidárias, em geral, veja-se o disposto nos artigos 512.º a 533.º do Código Civil. A obrigação é solidária quando cada um dos devedores responde pela prestação integral e esta a todos libera (solidariedade passiva), sendo que o devedor que satisfizer o direito do credor além da parte que lhe competir tem direito de regresso contra o condevedor, na parte que a este compete. Ou seja, no nosso caso, a plataforma digital responderá pela prestação integral, sem prejuízo do seu direito de regresso sobre o intermediário.

ma, em relação aos seus trabalhadores, comparativamente com as praticadas pelos intermediários que nelas operem, em relação aos respectivos trabalhadores. Da conjugação do n.º 7 com o n.º 8 deste preceito poderá, em última análise, resultar que as plataformas digitais tenderão a considerar dispensável a presença do intermediário nesta sede. Afinal, desde o início, os sujeitos aqui em causa eram três, o prestador de serviço ou de atividade, a plataforma digital e o cliente final (o passageiro transportado, o cidadão alimentado, etc.). Para quê complicar e fazer intervir aqui um outro sujeito, o intermediário? Tanto mais, pensará a plataforma digital, que vigora aqui um princípio de igualdade de tratamento, no que aos termos e condições de acesso à prestação de atividade diz respeito (n.º 7), e, sobretudo, uma regra de responsabilidade solidária da plataforma em matéria de créditos laborais (n.º 8), que não lhe permite distanciar-se grandemente da relação que o intermediário estabelecer com os respectivos trabalhadores. Neste contexto normativo, não será melhor suprimir o intermediário?

- viii) O n.º 12 do preceito em causa esclarece que “a presunção prevista no n.º 1 aplica-se às atividades de plataformas digitais, designadamente as que estão reguladas por legislação específica relativa a transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica”, o que implica uma rutura clara com o disposto em matéria de “Lei Uber”, a qual apenas previa a hipótese de contratação do motorista por parte do intermediário (o chamado “operador de TVDE”), deixando de fora a plataforma digital (a Uber ou outra empresa congénere). A nova presunção de laboralidade, estabelecida no n.º 1 do artigo 12.º-A, na parte em que presume a existência de um contrato de trabalho entre o prestador de atividade e a plataforma digital, aplica-se também ao setor do TVDE, apelando, decerto, para uma revisão desta lei, já de 2018, em ordem à respetiva adequação ao disposto na lei do trabalho. Em qualquer caso, fica claro que, com a entrada em vigor deste artigo 12.º-A, n.º 12, abre-se desde já a possibilidade de contratação direta entre a plataforma digital e o motorista, não ficando tal possibilidade na dependência de uma futura revisão da “Lei Uber”.
- ix) A contratação de um prestador de atividade, de forma aparentemente autónoma mas em condições reais características de contrato de trabalho, que possa causar prejuízo ao trabalhador ou ao Estado, constitui uma contraordenação muito grave im-

putável ao empregador, seja ele a plataforma digital ou o intermediário que nela opere (n.º 10).

6. QUESTÕES DE QUALIFICAÇÃO E QUESTÕES DE REGIME

Eis o desafio a que o artigo 12.º-A tenta dar resposta, contribuindo para uma correta qualificação da relação em apreço: perante a crescente “plataformização” do trabalho e da prestação de serviços, que resposta vai dar o Direito do Trabalho? Vai acolher esta massa de novos trabalhadores/prestadores de serviços, ou vai deixá-los de fora, aceitando a tese de que eles são, tipicamente, profissionais autónomos ou microempresários¹⁸?

Sucede que, ainda que acolha estas novas categorias de trabalhadores no seu seio, o Direito do Trabalho terá, provavelmente, de se adaptar, do ponto de vista regimental, a estas novas formas de trabalhar. Com efeito, o n.º 9 do artigo 12.º-A afirma, prudentemente: «Nos casos em que se considere a existência de contrato de trabalho, *aplicam-se as normas previstas no presente Código que sejam compatíveis com a natureza da atividade desempenhada*, nomeadamente o disposto em matéria de acidentes de trabalho, cessação do contrato, proibição do despedimento sem justa causa, remuneração mínima, férias, limites do período normal de trabalho, igualdade e não discriminação» (itálico nosso).

Como quem diz: *uma coisa é qualificar um dado contrato como um contrato de trabalho, outra, logicamente posterior, é determinar o regime jurídico aplicável a esse contrato*. Porventura, nem todas as normas do CT se revelarão ajustadas e bem calibradas em relação a estas novas formas de trabalhar (pense-se, para dar apenas um exemplo, nas normas relativas ao horário de trabalho), pelo que, de forma cautelosa, o legislador não deixa de acentuar que apenas se aplicarão as normas gerais, nesta sede, se as mesmas passarem no teste de compatibilidade com as especificidades desta atividade “plataformizada”. O legislador anuncia aqui que, porventura, estaremos a caminho de criar uma nova modalidade de contrato de trabalho, ou um novo contrato de trabalho

¹⁸ Registe-se ainda que a Lei n.º 13/2023 procedeu também à modificação, em conformidade, do disposto no artigo 2.º da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, atribuindo à Autoridade para as Condições de Trabalho competência para instaurar o procedimento previsto no artigo 15.º-A dessa lei, sempre que se verifique a existência de características de contrato de trabalho, nomeadamente nos termos do n.º 1 do artigo 12.º-A do Código do Trabalho, incluindo nos casos em que o prestador de serviço atue como empresário em nome individual ou através de sociedade unipessoal.

especial: o contrato de trabalho com plataformas digitais (e/ou com os intermediários que nelas operem). Um contrato de trabalho, decerto, ao qual se aplicarão muitas das regras geralmente aplicáveis ao comum dos contratos de trabalho, mas que pode reclamar algumas adaptações regimentais, atendendo às especificidades da relação laboral em causa. Nada, afinal, a que o Direito do Trabalho não esteja habituado e não seja capaz de responder¹⁹.

Como bem assinala Emmanuel Dockès, para o caso francês,

«a plena integração no Direito do Trabalho da maioria dos empregados das plataformas demandará algumas adaptações pelas convenções coletivas, pelos juízes e até marginalmente pelo legislador. Essas poucas adaptações não são intransponíveis. Elas são o preço a pagar por uma generalização da aplicação do Direito do Trabalho, pela realização de uma proteção mínima dos mais fracos e para que não se desenvolva uma espécie de subproletariado composto por trabalhadores mais frágeis do que os mais frágeis dos empregados». E o Autor remata: «O temor suscitado pela aplicação do Direito Social às plataformas é essencialmente a retomada do temor eterno do custo das proteções em geral e daquelas do Direito Social em especial: todas as proteções, exceto aquelas que beneficiam as grandes empresas, são suspeitas de causar desastres econômicos»²⁰.

Diremos: nem mais! Com a diferença de que, entre nós, o trabalho vai estar por agora, sobretudo, do lado dos juízes, porque a contratação coletiva neste setor talvez não esteja para breve. E vamos então ver se e quando o legislador intervirá nesta sede, procedendo às adaptações regimentais que se revelarem necessárias ou convenientes.

¹⁹ Para uma reflexão em torno desta questão, à luz do direito brasileiro, MURILO OLIVEIRA, «O salário por “tarefa” digital: o assalariamento praticado pelas plataformas digitais de trabalho», *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*. O Autor conclui que a lei geral do trabalho brasileira, a CLT, tem suficiente maleabilidade para albergar e regular a atividade dos trabalhadores de plataforma. Mas, lá como cá, há quem defenda a necessidade de criar uma regulamentação específica.

²⁰ «Os empregados das plataformas», in *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*, cit., pp. 185-188.



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

CÍVEL

SOCIAL

CRIMINAL

CULTURAL

JURISPRUDÊNCIA

Os tipos de corrupção e a sua distinção do recebimento ou oferta indevidos de vantagem

The types of corruption and its distinction from the offences of receiving or offering undue assets

PAULO DE SOUSA MENDES

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO: Introdução. 1. O crime de corrupção ativa. 2. O crime de corrupção passiva. 3. O crime de oferta indevida de vantagem. 4. O crime de recebimento indevido de vantagem. 5. A distinção em relação à corrupção. 6. O conceito de acordo ilícito intencionado. 7. A adequação social e os usos e costumes. Conclusões.

RESUMO: O artigo discute a relação entre os crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem e os crimes de corrupção passiva e ativa, em ordem a guiar o intérprete na difícil tarefa de aplicação ao caso dessas normas incriminadoras. Ao identificar os elementos constitutivos de cada uma dessas ofensas o artigo também assinala as exigências e as dificuldades de prova que lhes estão associadas.

ABSTRACT: The article discusses the relationship between the offences of receiving or offering undue assets and the offences of passive and active corruption, in order to guide the fact-finder in the difficult task of applying these incriminations to the real cases. By identifying the constituent elements of each of these offences, the article also points out the requirements and difficulties of proof associated with them.

PALAVRAS-CHAVE: alternatividade; corrupção; oferta; recebimento; subsidiariedade; vantagem

KEYWORDS: acceptance; alternativity; asset; corruption; offer; subsidiarity

INTRODUÇÃO

Os crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem (artigo 372.º do Código Penal, doravante “CP”) foram introduzidos na legislação portuguesa através da 25.ª alteração ao CP (Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro). A lei penal portuguesa inspirou-se diretamente na lei alemã. Com efeito, os novos crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem refletem a própria designação da *Vorteilsannahme* (§ 331 Abs. 1 *Strafgesetzbuch*, doravante “StGB”) da Lei de Combate à Corrupção (*Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*, doravante “KorrBekG”), de 13 de agosto de 1997, que prevê as situações em que um funcionário, alguém especialmente obrigado ao serviço público ou um militar exige ou aceita uma vantagem (*Vorteil*), para si ou para terceiro, para o exercício da função, sendo punível com pena de prisão até três anos ou com multa. Do lado ativo, a oferta ou promessa de vantagem inspira-se na *Vorteilsgewährung* (§ 333 Abs. 1 StGB), que abrange as situações em que o particular oferece, promete ou concede a um funcionário, a alguém especialmente obrigado ao serviço público ou a um militar uma vantagem, para si ou para terceiro, para o exercício da função, sendo punível com prisão até três anos ou multa. O que merece ser destacado nestas normas incriminadoras é o facto de não exigirem que a vantagem se destine à gratificação de ações ou omissões concretas por parte do funcionário, bastando que haja uma conexão genérica com o exercício da função.

A aplicação destas normas incriminadoras não é isenta de dificuldades, quer no plano da descrição dos seus elementos típicos objetivos (*actus reus*), quer no plano da descrição dos seus elementos típicos subjetivos (*mens rea*), quer ainda no plano da prova judicial dos mesmos. O presente artigo visa contribuir para superar essas dificuldades, ademais respondendo aos seguintes problemas jurídicos: os crimes de recebimento e oferta indevidos de vantagem são subsidiários ou alternativos em relação aos crimes de corrupção? E o que é que se tem de provar para os considerar verificados na prática?

Para responder a essas questões adotaremos uma análise separada de cada uma das infrações, mas sem seguir a sua ordem de aparição nas fontes legislativas. Na verdade, preferimos partir da análise do crime de corrupção ativa (artigo 374.º CP), continuar pela análise do crime de corrupção passiva (artigo 373.º CP), passar à análise do crime de recebimento indevido de vantagem (artigo 372.º, n.º 1, CP) e terminar

com a análise do crime de oferta indevida de vantagem (artigo 372.º, n.º 2, CP). Assim torna-se mais fácil de entender a técnica legislativa de separação da corrupção ativa e da corrupção passiva e a posterior opção político-criminal de criação dos crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem para cobrir as insuportáveis lacunas de punibilidade à luz das atuais conceções favoráveis a uma maior abrangência na definição da corrupção, em sentido lato.

Uma vez delimitadas as semelhanças e as diferenças entre os crimes de corrupção, em sentido estrito, e os crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem também se tornará mais fácil de estabelecer exatamente o que tem de ser provado em julgamento para se dar por verificados os crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem.

1. O CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA

A incriminação autónoma da corrupção ativa corresponde à tradição do Direito Penal português. As últimas *Ordenações do Reyno*, as chamadas *Ordenações Filipinas* de 1603, que vigoraram até ao Código Penal de 1852, puniam a atividade do particular que, por via direta ou indireta, fizesse dádivas a funcionários, consistindo as penas na perda da fazenda, metade para a Câmara Real e a outra para o acusador, e na perda dos ofícios, cargos, ordenados e mantimentos, a tais penas acrescentando ainda o degredo de cinco anos para África (*Ord. Filip.*, Lib. 5, Tit. 71, § 3). Se o donativo se destinasse a juiz ou oficial perante quem o particular andasse a feito ou requeresse desembargo, além das assinaladas penas, veria de imediato negado o seu direito ou pretensão¹.

A incriminação autónoma da corrupção ativa manteve-se nos Códigos Penais de 1852 e de 1886², acolhendo não só a tradição pátria, mas agora

¹ Cf. P. J. DE MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminalis Lusitani liber singularis*, ed. quinta in usum auditorii Conimbricensis, Conimbricae, Typis Academicis, 1860 (1.ª ed., 1794), pp. 72-73 (*De pecuniis repetundis*). Existe tradução em língua portuguesa: *Instituições de Direito Criminal Português* (prefácio de F. J. VELOZO e trad. por M. PINTO DE MENESES), *BMJ* 155 (abr. 1966), pp. 5-202, especialmente pp. 136-137 (*Do suborno*), e *BMJ* 156 (maio 1966), pp. 69-168. Também cf. J. J. C. PEREIRA E SOUSA, *Classes dos Crimes, por Ordem Systematica, com as Penas Correspondentes, Segundo a Legislação Actual*, 2.ª ed., Lisboa, Officina de J. F. M. de Campos, 1816 (1.ª ed., 1803), p. 115. Existe edição moderna das *Ordenações Filipinas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985 (fac-símile da edição anotada por C. MENDES DE ALMEIDA, Rio de Janeiro, 1870).

² O Código Penal de 1886 reviu o Código Penal de 1852 à luz da Nova Reforma Penal de 1884.

também a influência do Código Penal francês de 1810, o chamado Código Penal napoleônico. Assim, a corrupção ativa continuou a ser um crime autônomo, sendo o particular, desta feita, punido com as mesmas penas que fossem impostas ao empregado corrompido, com a declaração de que as penas de demissão ou suspensão fossem substituídas pela suspensão dos direitos políticos, não inferior a dois anos (veja-se o artigo 321.º do Código Penal de 1886, quanto ao particular corruptor)³.

Apareceram, entretanto, algumas vozes, agora na esteira da tradição italiana, mas destoando da maioria da doutrina lusa, que consideravam a corrupção, no próprio plano *de lege lata*, como um único delito bilateral e necessariamente plurissubjetivo. Esta era a opinião de Manuel Cavaleiro de Ferreira (1911-1992), que dizia que a corrupção ativa e passiva são duas partes de um único todo, no sentido de que não há corrupção ativa sem corrupção passiva; e isso seja na forma consumada, seja na forma tentada (neste último caso, a promessa de vantagem feita pelo particular e aceite pelo funcionário daria imediatamente lugar à punição de ambos a título de tentativa). O Autor citado entendia, porém, que a oferta de vantagem não aceite pelo funcionário era insuficiente para configurar uma tentativa de corrupção, apenas podendo ser punida a título de injúria no sistema do Código Penal português, que não previa, diferentemente do Código Penal italiano, *Codice Penale* – CPI, o crime autônomo de instigação à corrupção⁴.

A conceção italiana da corrupção como delito bilateral e necessariamente plurissubjetivo esteve quase para ser integrada na lei portu-
gue-

³ Na vigência do Código Penal de 1852, LEVY MARIA JORDÃO defendia a autonomia dos dois delitos, mas mostrava-se contrário à cominação da mesma pena legal para ambos: “Este systema do Codigo, que aplica ao subornador as mesmas penas impostas ao empregado publico, é falso e anti-politico; – falso, porque o crime não tem igual gravidade; o subornador não tem obrigações tão fortes como o subornado, e não vende como este a justiça e a autoridade de que se acha revestido; – anti-politico, porque punindo a lei com a mesma pena o corruptor e o funcionario corrompido, impede o descobrimento dos criminosos, dando-lhes um interesse igual em fazer desaparecer as provas da sua culpabilidade” (L. M. JORDÃO, *Commentario ao Codigo Penal Portuguez*, III, Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1854, pp. 228-247, especialmente p. 244). LUÍS OSÓRIO, comentando o Código Penal de 1886, era pouco claro sobre a autonomia de corrupção ativa relativamente à corrupção passiva, citando opiniões contraditórias sem tomar posição (cf. L. OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, *Notas ao Código Penal Português*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1923, pp. 693-709, especialmente p. 704).

⁴ Cf. M. CAVALEIRO DE FERREIRA, “Crimes de corrupção e de concussão” (Parecer), *Sci X/52* (mar.-abr. 1961), (pp. 205-229) p. 212. Segundo ALMEIDA COSTA, a opinião agora referida tornou-se dominante na doutrina e na jurisprudência do último período de vigência do

sa, ainda que parcialmente, quando Eduardo Correia (1915-1991), no seu Anteprojeto de Parte Especial do Código Penal, datado de 1966, qualificou a promessa de vantagem recusada pelo funcionário como “instigação à corrupção”. No último projeto que antecedeu o Código Penal de 1982 (Projeto de 1979)⁵, a instigação à corrupção foi substituída pela “tentativa de corrupção”, acolhendo-se assim os ecos daquilo que a jurisprudência e a doutrina italianas diziam ser, afinal, o significado material do artigo 322.º do CPi, dito Código Rocco (em homenagem ao ministro da justiça Alfredo Rocco, de 1925 a 1932, que promoveu a reforma das leis penais e processuais penais italianas, mas, na realidade, quem as preparou foi outro Rocco, de seu nome Arturo, irmão do ministro e eminente professor de direito penal)⁶. Nem mesmo tal disposição entrou, porém, na versão definitiva do Código Penal português de 1982 (DL n.º 400/82, de 23 de setembro), o qual, embora integralmente republicado em 1995 (DL n.º 48/95, de 15 de março) e amplamente revisto (atualmente em 56.ª versão)⁷, é ainda o diploma em vigor no ordenamento jurídico português. De resto, a tentativa de corrupção estava destinada a desaparecer, por vício de incongruência, de um diploma legal como o português, que acrescentou à própria tradição lusa

Código Penal de 1886. Cf. A. M. DE ALMEIDA COSTA, “Anotação aos artigos 372.º a 374.º CP – Corrupção passiva e corrupção activa”, in: J. DE FIGUEIREDO DIAS (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, (pp. 654-823), p. 655.

⁵ Sobre o percurso atribulado do anteprojeto de EDUARDO CORREIA (Parte Geral de 1963 e Parte Especial de 1966) até à publicação do Código Penal em 1982, cf. C. LÍBANO MONTEIRO, “O Código Penal de 1982: Subsídio para uma compreensão histórica da sua génese”, *BFDUC* 68 (1992), pp. 265-282.

⁶ Desde há muito que tem sido esta a orientação da *Suprema Corte di Cassazione* em matéria de instigação à corrupção (*istigazione alla corruzione*), confirmada, por exemplo, em Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 1998. Veja-se o comentário a esta decisão feito por V. PEZZINI, “Problemi interpretativi in tema di istigazione alla corruzione”, *L’indice penale*, NS-II/1 (jan.-abr. 1999), pp. 215-229. Realmente, a *Cassazione* defende que a instigação à corrupção se consubstancia como uma hipótese alargada de crime tentado, a qual não pode, porém, ser punida adicionalmente como tentativa de corrupção *proprio sensu*, já que isso afrontaria o concurso de normas e o princípio da especialidade (cf. PEZZINI, *L’indice Penale*, NS-II/1, p. 218). O tipo legal da instigação à corrupção (artigo 322 do CP italiano) foi objeto de sucessivas revisões, a última das quais através da Lei n.º 190/2012. A título de jurisprudência de referência, vd. Cass. n. 49057/2013, Cass. n. 37402/2011, Cass. n. 42701/2010, Cass. n. 41339/2006, Cass. n. 28311/2003, Cass. n. 15117/2003, Cass. n. 11382/2003, Cass. n. 30268/2002, Cass. n. 2233/2001, Cass. n. 7836/2000, Cass. n. 2265/2000 e Cass. n. 4062/1999.

⁷ Lei n.º 2/2023, de 16 de janeiro.

aquele modelo dos crimes de corrupção que vinha do Código Penal napoleónico e que ainda hoje se confirma no Código Penal francês (*Code Pénal* – CPf) através da distinção entre, por um lado, a corrupção ativa (*corruption active*) cometida por particulares (artigo 433-1 CPf)⁸ e, por outro, a corrupção passiva (*corruption passive*) cometida por pessoas que exercem funções públicas (artigo 432-11 CPf)⁹ e que também está presente, desde 1871, no Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB) através da distinção, no âmbito dos tipos de corrupção (*Bestechungstatbestände*), entre as corrupções passivas (*Vorteilsannahme* e *Bestechlichkeit*, §§ 331-332 StGB) e as corrupções ativas (*Bestechung* e *Vorteilsgewährung*, §§ 333-334 StGB)¹⁰.

Começamos por explicar a razão de política criminal que está por detrás da incriminação da corrupção ativa. Sendo um crime comum, ou seja, um crime que pode ser cometido por qualquer pessoa desprovida de qualidades ou funções especiais, a que título se justifica que um particular deva ser punido por tal crime? A tradição não basta para justificar acriticamente as incriminações vigentes, cuja legitimidade deve ser sindicada a partir do conceito de bem jurídico (ou algo de equivalente, como a teoria do dano ou a ideia de desvalor social) como fundamento do merecimento de pena. Ora, os particulares não estão abrangidos por deveres funcionais, mas nem por isso deixam de estar sujeitos a deveres de respeito defronte do Estado de Direito, sendo-lhes exigível que não perturbem a legalidade e a autonomia intencional da Administração Pública. Se é verdade que as leis impõem expressamente aos agentes administrativos que respeitem a legalidade e exerçam as suas funções com imparcialidade, de mais a mais acrescentando que os mesmos são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa delas de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, tal não significa que os próprios administrados não estejam sujeitos a deveres de respeito perante a Administração Pública. Pelo contrário, os administrados têm o dever de respeitar os princípios fundamentais do Estado de Direito. Não podemos, pois, partilhar a opinião dos que criticam a incriminação da corrupção ativa,

⁸ Modificado pela última vez pela Lei n.º 2020-1672, de 24 de dezembro de 2020.

⁹ Modificado pela última vez pela Lei n.º 2020-1672, de 24 de dezembro de 2020.

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, na qualidade de Presidente da Primeira Comissão de Revisão do Código Penal de 1982, expressou “[...] a certeza da tese que não encontra qualquer bilateralidade neste domínio, mas sim a existência de dois crimes distintos – a corrupção ativa e a corrupção passiva” (*Código Penal, Atas e Projeto da Comissão de Revisão*, Lisboa, Ministério da Justiça/Rei dos Livros, 1993, p. 434).

considerando que esta sanciona comportamentos meramente imorais, nem a opinião, menos radical, dos que defendem apenas a incriminação da injúria à autoridade. De resto, o sistema italiano da corrupção como delito de participação necessária entre as partes ativa e passiva só aparentemente tornaria menos problemática a punição do corruptor, já que é sempre necessário, afinal de contas, fundamentar a sua responsabilidade através de uma conjugação de deveres com o agente da Administração Pública.

A corrupção ativa é um crime de resultado¹¹. O resultado típico é a promessa de uma vantagem, ainda que solicitada pelo funcionário, que chegue efetivamente ao conhecimento deste último, independentemente da aceitação posterior da peita ou suborno¹². Se a manifestação de vontade do particular não chegar ao conhecimento do funcionário teremos, quando muito, a prática de uma tentativa¹³. Do outro lado, a corrupção passiva também é um crime de resultado. Qual é aqui o resultado típico? É a comunicação efetiva por parte do funcionário ao particular de que pretende ou aceita uma vantagem, ou até de que simplesmente aceita a promessa dessa vantagem. Se a manifestação de vontade do funcionário não chegar ao conhecimento do particular teremos, também aqui, a mera prática de uma tentativa. Claramente, a lei não faz depender a consumação do crime do recebimento efetivo de vantagem¹⁴. A consumação da corrupção passiva não é, portanto, a outra face da medalha da corrupção ativa e é exatamente por causa

¹¹ Parece-nos que ALMEIDA COSTA qualificou erradamente a corrupção ativa como crime de mera atividade (cf. ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, pp. 51 e 137). Mais recentemente, o A., modificando a sua opinião, classificou a corrupção ativa como crime de resultado (cf. ALMEIDA COSTA, *Comentário Conimbricense do CP – PE*, III, pp. 683-684).

¹² Não aceitando a interpretação de que possa haver corrupção ativa já com uma oferta que pode ainda ser recusada, mas só com uma dádiva que implica já que tenha havido aceitação da vantagem por parte do funcionário, cf. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2022, comentário ao artigo 374.º do CP.

¹³ Questão diferente é saber se a tentativa de corrupção ativa é punível. Para a punibilidade da tentativa de corrupção ativa é necessário somente verificar os requisitos gerais da tentativa, com base na lei penal aplicável.

¹⁴ Cf. N. BRANDÃO, “Corrupção: a questão da consumação material e as suas consequências”, in: P. P. ALBUQUERQUE, R. CARDOSO e S. MOURA (coord.), *Corrupção em Portugal – Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, (pp. 178-194) pp. 178-180.

disso que pode haver corrupção passiva recusada pelo particular e corrupção ativa recusada pelo funcionário, sem que tal implique qualquer espécie de contradição. São delitos unilaterais e monossubjetivos (i.e., podem ser praticados por uma só pessoa, embora nada impeça, relativamente a cada um dos crimes, a coautoria ou a participação lateral).

Do ponto de vista da relação com o bem jurídico, a corrupção ativa é um crime de perigo, ao passo que a corrupção passiva é um crime de lesão. Não custa perceber que o funcionário corrompido perca a isenção e a imparcialidade, lesando assim a legalidade e a autonomia intencional da Administração Pública. Mas o particular, por si mesmo, não tem o poder de lesar a legalidade e a autonomia intencional da Administração Pública, a não ser por intermédio do próprio funcionário, que é, no entanto, livre e responsável pelas suas ações e omissões. Por isso, o particular só pode pôr em perigo legalidade e a autonomia intencional da Administração Pública. Que espécie de perigo? A perigosidade das ações pode ser considerada isoladamente das circunstâncias particulares em que são praticadas ou na sua relação contextual e imediata com o bem jurídico afinal ameaçado. Há padrões de reconhecimento da perigosidade das condutas, fundados na experiência, a que o legislador frequentemente recorre para antecipar a tutela de bens jurídicos, a ponto de criar tipos incriminadores de perigo abstrato e de perigo abstrato-concreto (aptidão). Nos crimes de perigo abstrato, em que o perigo não é elemento do tipo mas mero motivo da incriminação, e nos crimes de perigo abstrato-concreto (aptidão), em que o perigo se refere ao modo de ser objetivo da ação típica, tais padrões de reconhecimento da perigosidade das ações são bastante rígidos. Nos crimes de perigo concreto, em que o perigo se refere à iminência do resultado lesivo, o perigo carece de verificação casuística. Neste último caso, ações idênticas podem ou não ser consideradas concretamente perigosas consoante a variação das circunstâncias. Portanto, o perigo concreto corresponde à verificação das condições só por si suficientes para a lesão do bem jurídico, que só por acaso afinal não ocorreu. Ora, o contributo do particular, só por si, nunca será suficiente para a lesão da legalidade e da autonomia intencional da Administração Pública. Aliás, a legalidade e a autonomia intencional da Administração Pública ficarão sempre na esfera de domínio exclusiva do funcionário. Não podemos, pois, classificar a corrupção ativa como crime de perigo concreto. Será então a corrupção ativa um crime de perigo abstrato ou

de perigo abstrato-concreto¹⁵ (aptidão)¹⁶? Seria crime de perigo abstrato somente se o legislador tivesse, pura e simplesmente, proibido uma certa ação legalmente definida. Por exemplo: “Quem der ou prometer a funcionário vantagem patrimonial ou não patrimonial é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos”. Nesta hipótese, seria punível, por exemplo, oferecer uma caixa de chocolates ao funcionário. Mas não é isto que o tipo realmente descreve, nem seria legítimo que o fosse. Como diz Faria Costa:

«não basta o legislador definir com exatidão a conduta ou condutas proibidas, é preciso ainda e sempre, através da categoria de mediação do cuidado-de-perigo, ver se aquela conduta proibida visa proteger, se bem que por meio da mais avançada das defesas jurídico-constitucionalmente permitidas, um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional ou, talvez ainda de maneira mais rigorosa, um bem jurídico-penal. Quando assim seja, respeitado se encontra o princípio da ofensividade, podemos, *rectius*, devemos considerar o crime de perigo abstrato como conforme à Lei Fundamental»¹⁷.

Resta a hipótese do perigo abstrato-concreto (aptidão)¹⁸, que, por maioria de razão, tão-pouco se basta com o facto de o legislador definir com exatidão a conduta ou condutas proibidas. A categoria dogmática dos chamados crimes de perigo abstrato-concreto (aptidão) nasceu da necessidade de se encontrar um conceito que cobrisse todo um conjunto de tipos incriminadores em que a ação típica se caracteriza pela sua idoneidade genérica para a produção do resultado lesivo. Em casos como estes, sendo certo que o preenchimento do tipo incriminador dispensa a prova da ocorrência de uma ameaça concreta para o objeto

¹⁵ A descoberta desta categoria e a correspondente designação pertencem a H. SCHRÖDER, “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?”, *JZ*, 1967, pp. 522-525. Do mesmo A., “Les délits de mise en danger – Rapport particulier: Allemagne Fédérale”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969 (Actes du Colloque préparatoire du Xe Congrès international de droit pénal organisé par le Groupe Italien de l’Association Internationale de Droit Pénal et par le Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale – Rome, 28-31 mai 1968), (pp. 7-31) pp. 20-24.

¹⁶ Esta nova designação deve-se a A. HOYER, *Die Eignungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, p. 198.

¹⁷ J. DE FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa, INCM, 2017, p. 273.

¹⁸ Não discutiremos se o perigo abstrato-concreto (aptidão) é uma subespécie do perigo abstrato ou uma terceira espécie de perigo penalmente relevante.

de proteção penal, nem por isso se torna dispensável a prova judicial da aptidão genérica da ação para provocar o resultado lesivo, segundo determinados padrões de perigosidade empiricamente fundados. Nestes tipos de crime existe uma cláusula de aptidão (*Eignungsklausel*). A verificação da factualidade que preenche a cláusula de aptidão não deve ficar apenas na dependência de puros juízos empíricos, ademais variáveis consoante os tipos incriminadores em causa, mas implica ainda descobrir se o agente criou uma fonte de perigo (*Gefahrenquelle*) para o objeto de tutela penal. A punibilidade do agente deve ser afastada se (e só se) o próprio agente tiver envidado esforços sérios para cingir a sua ação às cautelas necessárias para minorar os riscos de produção do resultado lesivo, segundo um critério flexível, de verificação casuística¹⁹. É deste segundo aspeto que ressalta a pregnância da tese de Hoyer, por comparação com as doutrinas tradicionais. Por um lado, distingue-se do pensamento minoritário, conforme o qual se deveria atribuir relevo à verificação casuística de que a ação do agente, por quaisquer circunstâncias fortuitas, acabara ficando esvaziada de perigosidade para o objeto de tutela penal. É que, segundo esta doutrina, deveria ser concedida margem ao julgador nestas situações para afastar a punibilidade do agente pelo próprio crime de perigo abstrato-concreto, com base no reconhecimento de que o agente deveria poder beneficiar da intercessão do acaso. Para Hoyer, bem pelo contrário, o acaso não encontra aqui lugar, se bem atentarmos na estrutura dos tipos de crime de aptidão. Em certo sentido, Hoyer está mais próximo da opinião maioritária, segundo a qual é irrelevante a verificação da falta de perigosidade concreta da ação (designadamente, é a conceção adotada geralmente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão, o *Bundesgerichtshof* – BGH). Mas Hoyer é mais benevolente do que a doutrina e jurisprudência maioritárias, porquanto defende que sejam levados em conta os eventuais esforços sérios do agente para anular os perigos da sua própria ação para o objeto de tutela penal, segundo a informação de que podia e devia dispor, mesmo que afinal esses esforços se tenham gorado²⁰. Por certo que esta opinião é discutível, mas tem feito o seu caminho e concordamos com ela. Quais são, então, os tipos de crime que devem ser considerados crimes de aptidão? Em sentido formal, teremos um crime de aptidão sempre que constarem do tipo legal palavras como “aptidão” ou “apto”, com relevância para a caracterização da ação. A principal preocupação de Hoyer foi investigar, sempre que tais palavras ou equivalentes (*v.g.*, “idoneidade” ou “idóneo”) ocorrem na letra dos tipos do Código Penal, se as mesmas

¹⁹ Cf. HOYER, *Die Eignungsdelikte*, p. 198.

²⁰ Cf. HOYER, *Die Eignungsdelikte*, p. 201.

valeriam como sinal de alguma semelhança estrutural que servisse de menor denominador comum a todos esses tipos. Precisamente, chegou à conclusão afirmativa, traduzida nos resultados acima reproduzidos. Assim sendo, o Autor citado julgou-se autorizado a concluir que todos os crimes de aptidão, desde que o sejam em sentido formal, também o são em sentido material. Mas Hoyer não excluiu a hipótese de ainda poder haver outros tipos de crime de aptidão, agora apenas em sentido material. A sua intuição sussurrava-lhe que tal hipótese seria bastante provável, chegando mesmo a adiantar alguns exemplos, tais como alguns delitos de empreendimento impróprios (*unechte Unternehmensdelikte*), crimes de moeda falsa, ou até figuras gerais como a cumplicidade (*Beihilfe*). Simplesmente, o Autor citado não cuidou de aprofundar essa possibilidade²¹. Ora, se nos guiarmos pelo critério formal, a corrupção ativa não pode ser considerada como delito de aptidão. Se bem analisarmos a letra desse tipo de crime nas várias versões legais comparadas, então nada lá encontraremos que se possa assemelhar a uma cláusula de aptidão. Mas pelo critério material, admitindo que haja delitos de aptidão em sentido exclusivamente material, já faz todo o sentido qualificá-la como delito de aptidão, pois está em causa a aptidão genérica da oferta ou promessa de vantagem para corromper um agente da Administração Pública, independentemente de saber se esse funcionário em concreto é totalmente ímpoluto e incorruptível. Assim, importa que verifiquemos caso a caso se o particular realizou uma ação genericamente idônea a corromper um funcionário, o que implica analisar as características da vantagem, a relação entre o particular e o funcionário (*i.e.*, o âmbito decisório do funcionário) e as cautelas eventualmente tomadas pelo particular para impedir que a oferta ou promessa de vantagem fossem interpretadas como um desafio ao funcionário para se desviar da probidade, da imparcialidade e da retidão da função pública. O conceito material de crime e o princípio da ofensividade afastam o preenchimento do tipo de crime se o particular tudo fez para que a oferta ou promessa de vantagem não ameaçassem o exercício da função pública.

Quanto ao elemento subjetivo, a corrupção ativa, nas diversas previsões legais comparadas, é um crime doloso. O dolo pode ser preenchido em qualquer uma das três modalidades, a saber: o dolo direito (intenção), o dolo necessário e o dolo eventual.

A corrupção ativa para ato ilícito é punida com pena de prisão de um a cinco anos (artigo 374.º, n.º 1, do Código Penal).

²¹ Cf. HOYER, *Die Eignungsdelikte*, pp. 163-171 e 199-201.

A corrupção ativa para ato lícito é punida com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias (artigo 374.º, n.º 2, do Código Penal).

2. O CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA

A corrupção passiva para ato lícito constitui o crime-base ou tipo fundamental, relativamente ao qual a corrupção passiva para ato ilícito assume a natureza de crime qualificado ou agravado²². Esta distinção legal é herdeira da velha classificação doutrinária que contrapunha a corrupção passiva própria (ato ilícito do funcionário) e a imprópria (ato lícito do funcionário)²³.

Os casos de corrupção passiva imprópria são aqueles nos quais o particular, enquanto requerente, ostenta um direito subjetivo originário face à Administração, tendo esta a obrigação de emanar um ato administrativo (autorização) ou de realizar uma prestação. Portanto, casos nos quais a Administração tem de emanar um ato ou uma prestação, porventura num determinado prazo. Por exemplo: o particular precisa urgentemente de renovar o cartão de cidadão, depois de ter descoberto poucas horas antes de partir para o estrangeiro, com viagem de avião já confirmada, que o seu documento caducara. Dirigindo-se aos serviços competentes, dizem-lhe que, mesmo pagando a taxa de urgência, o prazo de obtenção do novo documento é de um dia útil. Suponhamos que consegue subornar um funcionário para obter o documento em meia hora (as operações práticas de renovação do cartão do cidadão são simples e executáveis rapidamente). Alguém ficaria prejudicado por isso? Então não é verdade que os outros cidadãos obterão os seus documentos exatamente nos prazos preestabelecidos?

Já Anselm von Feuerbach (1775-1833) dissera que o fundamento da punição da corrupção imprópria só podia residir no perigo de a sua prática conduzir quer à multiplicação imparável das corrupções impróprias, quer mesmo à verificação de posteriores corrupções próprias. Por sua vez, Karl Binding (1841-1920), elegendo como núcleo da corrupção a falsificação da vontade do Estado através do cometimento de atos ilícitos pelos seus órgãos, circunscrevera a essência da corrupção à corrupção própria, já que a outra seria eticamente indiferente (*etisch farblos*), justificando-se a respetiva incriminação apenas com o objetivo de evitar

²² Cf. ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, p. 78.

²³ Cf. ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, p. 52, n. 130.

a instauração de hábitos de venalidade que pudessem levar depois os funcionários a caírem na tentação de cometer atos ilícitos; portanto, um risco de futuras atuações ilícitas por parte de funcionários²⁴. Não falta até quem tenha considerado que a corrupção passiva imprópria devia consistir só numa mera infração disciplinar (posição que tem sido defendida mesmo contra a lei, fazendo valer a função crítica do conceito material de crime).

O principal argumento contra esta conceção é um argumento pela negativa, tirado da comparação com as razões da gravidade da corrupção passiva própria: a importância do carácter ilícito do ato emanado pelo funcionário é muito variável, por isso que esse mesmo ato tanto pode constituir um ilícito penal, como pode consistir antes num simples ilícito administrativo, fiscal, civil ou contraordenacional. Tal implica o reconhecimento de que a ofensa por essa conduta, não possuindo sempre natureza penal, não pode, portanto, justificar a relevância penal da corrupção passiva própria. Quer isto dizer que o carácter ilícito do ato emanado pelo funcionário é enganador quanto às verdadeiras razões pelas quais a corrupção passiva própria é autonomizada da imprópria²⁵.

Na verdade, as duas modalidades de corrupção passiva têm mais aspetos em comum do que aquilo que nos pode parecer à primeira vista. Há, como dizem muitos autores alemães e italianos, uma confiança ou credibilidade do Estado perante a coletividade e uma daí decorrente eficácia ou capacidade de intervenção para a realização das finalidades que lhe estão atribuídas que ficam imediatamente prejudicadas através de qualquer uma das modalidades de corrupção passiva. Os funcionários corruptos afetam imediatamente a credibilidade do Estado perante os cidadãos. Por consequência, percebe-se que a corrupção passiva seja concebida como um crime de dano ou lesão dessa credibilidade²⁶. Um só funcionário corrupto é quanto basta para lesar essa credibilidade. Não se trata, pois, apenas de receber uma gratificação para “olear a engrenagem”, uma engrenagem que funcionaria de qualquer forma, mesmo na falta do suborno. O facto de a engrenagem ter funcionado, no caso concreto, com “combustível aditivado”, passe a expressão, já constitui uma perversão da credibilidade do Estado. A credibilidade é a imagem de toda a Administração relativamente a tudo que faz ou deve fazer. É bom de ver a importância decisiva dessa credibilidade do Es-

²⁴ Cf. ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, p. 84, n. 222.

²⁵ Cf. ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, p. 85.

²⁶ Cf. ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, p. 85.

tado aos olhos dos cidadãos por comparação com a situação reinante naqueles países em que a corrupção impera: nestes nada funciona.

Pensemos agora nos casos em que a destrição entre a corrupção passiva própria e imprópria não é fácil de fazer, por estarmos no domínio de atos discricionários da Administração, relativamente aos quais o particular, enquanto requerente, não tem um direito subjetivo originário face à Administração, mas tem apenas um interesse legítimo, no sentido de que aguarda uma licença por parte da Administração que esta pode ou não conceder-lhe, no âmbito de um poder discricionário. Partindo de uma interpretação teleológica que atenda ao específico bem jurídico que subjaz ao crime de corrupção passiva e, em particular, ao fundamento da distinção entre a corrupção própria e a imprópria, há de convir-se que só são contrários aos deveres do cargo (portanto, atos ilícitos para efeitos de subsunção no tipo legal da corrupção própria) aqueles atos que são inválidos por razões substanciais ou de fundo e não por motivos atinentes à respetiva forma ou competência do agente²⁷. Assim sendo, nas situações em que o ato subornado entra nos poderes discricionários do funcionário, o ato é ilícito não só, obviamente, quando exorbita do âmbito de discricionariedade que a lei concede ao funcionário, mas também no caso em que, apesar de não ultrapassar a esfera de discricionariedade, o funcionário se deixou influenciar pelo suborno, tomando uma decisão diversa da que tomaria se a gratificação (ou a respetiva promessa) não tivesse ocorrido. É um ato ilegal, ferido de uma invalidade que contende com a sua substância, fundada num vício de desvio de poder²⁸ e é por isso mesmo uma corrupção própria²⁹. Só se estará perante uma corrupção imprópria se o

²⁷ Cf. ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, p. 109.

²⁸ É sabido que o “[...] desvio de poder é a forma de ilegalidade que consiste no exercício de um poder discricionário com um motivo principalmente determinante que não condiz com o fim visado pelo legislador ao conceder tal poder» [J. M. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa: Danúbio, 1982, p. 445 (itálicos suprimidos)]. Acresce a isso que tanto “[...] se verifica desvio de poder quando o autor do ato prossegue um interesse público distinto daquele que o legislador teve em vista ao conferir o poder discricionário como quando, em vez de interesse público, se protege pura e simplesmente um interesse privado” (*idem*, p. 448).

²⁹ Em situações deste calibre, o funcionário é responsável pela prática de um crime de corrupção passiva própria. Com efeito, o funcionário que, no exercício de um poder discricionário, realiza um ato administrativo, mas desviando-se da satisfação do interesse público legal – designadamente para satisfazer uma sua finalidade egoísta (*v.g.*, a aceitação de uma peita) –, comete uma ilegalidade, do ponto de vista do direito administrativo. Portanto, a corrupção passiva em apreço só pode merecer a classificação de própria, que é o crime de corrupção passiva mais grave. Em sentido confirmatório, atente-se no

suborno nada influiu na conduta do funcionário, ou seja, não interferiu no uso dos seus poderes discricionários. A grande dificuldade inerente a esta distinção está no plano processual, na prova do elemento subjetivo inerente à figura do desvio de poder, mas no plano do direito substantivo é a única aceitável³⁰. Mas o direito penal substantivo deve atender às dificuldades postas à aplicação das respetivas normas incriminadoras e a técnica de conceção dos tipos legais de crime não deve desinteressar-se dessas dificuldades. Assim sendo, nos âmbitos de atividade da Administração – cada vez mais numerosos – em que os respetivos funcionários podem incorrer em desvio de poder, caso a corrupção passiva imprópria não fosse punível, tão-pouco sê-lo-ia na prática a corrupção passiva própria e o crime de corrupção transformar-se-ia numa norma incriminadora puramente simbólica, com toda a carga negativa inerente a este conceito.

A título exemplificativo, consideremos o importante domínio da salvaguarda do meio ambiente e das condições naturais da vida humana. Definida uma estratégia global de defesa do ambiente, o Estado tem de fazer valer a sua própria autoridade na execução dessa estratégia em concreto. Como? O instrumento mais simples de que o Estado dispõe para controlar a promoção efetiva da sua política de ambiente junto dos particulares consiste em tornar relativamente proibidas as atividades que oneram potencialmente o ambiente. Ou seja, o Estado torna tais atividades dependentes de um procedimento permissivo que culmina com um ato administrativo, designadamente do tipo da licença. Que espécies de licença? Neste contexto, há de tomar-se em consideração, em primeiro plano, o próprio processo de licenciamento da atividade industrial. Apesar de a licença industrial ser um ato constitutivo de direitos, também estabelece múltiplas obrigações e limitações, mormente em matéria ambiental, que é o aspeto que agora nos interessa. Essas obrigações e limitações variam consoante o grau de risco para o ambiente (e também para a saúde das pessoas) inerente aos diversos tipos de atividade industrial. Não importa examinar o rol de medidas

conteúdo do seguinte excerto: “Que dizer, porém, se, apesar de não ultrapassar a esfera de discricionariedade, o agente se deixou influenciar pelo suborno, tomando uma decisão diversa da que tomaria se a gratificação (ou a respetiva promessa) não tivesse ocorrido? Ainda aqui se depara com um ato ilegal, ferido de uma invalidade que contende com o seu conteúdo ou substância, fundada num vício que, segundo a terminologia tradicional, se designa de ‘desvio de poder’. De harmonia com os critérios enunciados, o caso em apreço também integra, por isso, uma corrupção própria” (ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, p. 112).

³⁰ O critério de distinção referido é proposto por ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, pp. 111-113.

de minoração dos impactes ambientais que o Estado entende que são de cumprimento necessário pelos particulares, no caso de estes quererem desenvolver determinadas atividades industriais (por exemplo: requisitos de localização dos estabelecimentos industriais segundo as classes de atividade, introdução de sistemas de tratamento de águas residuais, etc.). Ponto é que, quaisquer que sejam as medidas impostas, a poluição resultante das atividades industriais, até ver, não pode ser totalmente evitada. Posto isto, o que acontece então é que a entidade coordenadora do processo de licenciamento industrial, do mesmo passo que concede autorizações de instalação e laboração aos particulares, concede-lhes, por via de regra, também uma licença de poluição moderada, digamos assim. Com efeito, a não ser que seja absolutamente proibida a realização de determinadas emissões ou imissões poluentes em razão da natureza das substâncias em causa, o que a entidade coordenadora do processo de licenciamento industrial costuma fazer é fixar, em conformidade com as disposições legais e regulamentares vigentes e de harmonia com uma perspetiva integrada da política de ambiente, os valores-limite das emissões ou imissões poluentes admissíveis caso por caso (a Administração atua, neste como noutros domínios, com a chamada margem de livre apreciação ou prerrogativa de avaliação). Secundariamente, há de referir-se que os particulares podem ainda precisar de solicitar licenças autónomas para a efetuação de certos procedimentos tendencialmente degradantes para o ambiente (por exemplo, operações de gestão de resíduos ou utilizações do domínio hídrico). Trata-se aqui de licenças específicas que não exoneram os respetivos beneficiários de terem de sujeitar a licenciamento industrial as atividades económicas nas quais porventura se integrem tais procedimentos. Estas licenças específicas abrangem, entre muitos outros aspetos, a caracterização qualitativa e quantitativa das matérias poluentes utilizadas ou disseminadas (por exemplo, a quantidade e o tipo de resíduos recolhidos, armazenados, eliminados, etc., ou, outro mero exemplo, os valores dos parâmetros fixados para a descarga de águas residuais no solo agrícola ou florestal). A técnica da imposição de valores-limite de poluição permitida é adequada à prossecução da política de salvaguarda do ambiente por parte do Estado. De facto, a atividade licenciadora da Administração é uma maneira de o Estado se comprometer com os agentes económicos na definição das melhores soluções possíveis para tornar toda e qualquer atividade industrial compatível, no plano concreto, com a defesa de um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado. Ou melhor, essa técnica será adequada se os funcionários da Administração, cientes de que as licenças que emanam acarretam um “efeito legalizador” dos procedimentos poluentes realizados por particulares, atuarem concretamente de maneira a outorgar licenças de poluição apenas motivados pela estratégia de salvaguarda ambiental preestabelecida e nunca motivados

pelo seu interesse egoísta, mas camuflável na margem de livre apreciação ou prerrogativa de avaliação que a lei lhes consente.

A incriminação da corrupção passiva imprópria é garantia da credibilidade da Administração no âmbito dos seus poderes discricionários, com respeito pela função de *ultima ratio* que deve presidir a toda a intervenção do direito penal.

A corrupção passiva é um crime de resultado. Qual é o resultado típico? É a comunicação efetiva por parte do funcionário ao particular de que pretende ou aceita uma vantagem, ou até de que simplesmente aceita a promessa dessa vantagem. Se a manifestação de vontade do funcionário não chegar ao conhecimento do particular teremos, quando muito, a prática de uma tentativa³¹.

Quanto ao elemento subjetivo, a corrupção passiva é um crime doloso. O dolo pode ser preenchido em qualquer uma das três modalidades, a saber: o dolo direto (intenção), o dolo necessário e o dolo eventual.

A corrupção passiva para ato ilícito é punida com pena de prisão de um a oito anos (artigo 373.º, n.º 1, CP).

A corrupção passiva para ato lícito é punida com pena de prisão de um a cinco anos (artigo 373.º, n.º 2, CP).

3. O CRIME DE RECEBIMENTO INDEVIDO DE VANTAGEM

O crime de oferta indevida de vantagem previsto e punido no n.º 1 do artigo 372.º CP parece ter-se inspirado no artigo 322.º CP de 1886, mas o artigo 372.º é mais abrangente por não se limitar à aceitação ou recebimento de vantagem pelo servidor público no “exercício de funções”, mas ainda “por força das suas funções”. E mais, diferentemente do que se estabelecia no artigo 322.º do CP de 1886 em que a vantagem tinha de provir de alguém que “tivesse qualquer pretensão” dependente do exercício de funções do servidor público, a nova incriminação também abrange a situação em que o objetivo da entrega ou promessa da vantagem seja o de influenciar o exercício do serviço no futuro ou gratificar o seu exercício no passado. É suficiente que a vontade do particular que oferece ou promete a vantagem se dirija à criação de uma boa-

³¹ Questão diferente é saber se a tentativa de corrupção passiva é punível. Para a punibilidade da tentativa de corrupção passiva é necessário somente verificar os requisitos gerais da tentativa, com base na lei penal aplicável.

-vontade relativamente a decisões futuras que possa vir a ser ativada oportunamente³².

É importante salientar que com a nova incriminação o legislador pretendeu encontrar uma forma de combater a corrupção em sentido amplo³³ e, como tal, deixou de exigir que a vantagem prestada ou prometida ao funcionário se refira a uma ação concreta, bastando que haja uma conexão com o exercício do cargo.

Alguns autores costumam caracterizar o crime de recebimento indevido de vantagem como uma “corrupção simples”³⁴, enquanto tipo matricial de que derivaria o legalmente chamado crime de corrupção³⁵. Nesta interpretação, o crime de recebimento indevido de vantagem funcionaria como antecâmara da corrupção. O termo antecâmara suscita, porém, a dúvida sobre se a corrupção é um tipo de crime especial em relação ao recebimento indevido de vantagem ou se este último é um tipo de crime subsidiário em relação à corrupção³⁶. Não vamos,

³² Cf. P. DE SOUSA MENDES, “Os Novos Crimes de Recebimento e de Oferta/Promessa Indevidos de Vantagem no Código Penal”, in: RUI DO CARMO e HELENA LEITÃO (org.), *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora / Centro de Estudos Judiciários, 2011, pp. 29-41.

³³ Cf. H. MONIZ e C. CARDADOR, “Corrupção ou corrupções”, in: P. P. ALBUQUERQUE, R. CARDOSO e S. MOURA (coord.), *Corrupção em Portugal – Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, (pp. 293-303) pp. 293-294.

³⁴ Cf. L. GRECO e A. TEIXEIRA, “‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, *RBCCRIM*, 134 (2017), (pp. 89-147) p. 163.

³⁵ Neste sentido, cf. C. CRUZ SANTOS, “Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos (Considerações em torno do presente e do futuro do seu regime jurídico)”, *Julgar*, 11 (2010), (pp. 51-58) p. 57. Também da mesma A., “Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro (‘É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma?’)”, in: R. CARMO e H. LEITÃO (org.) *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora / Centro de Estudos Judiciários, 2011, (pp. 9-28) pp. 14-20. Ainda da mesma A., “Os crimes de corrupção – Notas críticas a partir de um regime jurídico-penal sempre em expansão”, *Julgar*, 28 (2016), (pp. 89-105) pp. 91-92. Finalmente, da mesma A., *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto – A Evolução das Incriminações Penais, a Jurisprudência, o Tempo para a Investigação e a Delação Premiada*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 27-31.

³⁶ Uma dúvida que resulta agravada quando lemos CLÁUDIA CRUZ SANTOS, que ora dá a entender que a corrupção é um crime qualificado (relação de especialidade), ora diz que o recebimento de vantagem é um crime residual (relação de subsidiariedade). Neste sentido, cf. C. CRUZ SANTOS, *Julgar*, 11 (2010), p. 57.

porém, discutir as classificações do chamado concurso de normas, que são pouco relevantes na prática.

Pela nossa parte, preferimos considerar o crime de recebimento indevido de vantagem como uma incriminação alternativa à corrupção. A relação entre o recebimento indevido de vantagem, por um lado, e a corrupção, por outro, é – se os tipos penais forem bem interpretados – de alternatividade, no sentido de que o acordo ilícito intencionado por qualquer uma das partes ou bem que se destina à prática de um particular ato ou omissão do funcionário, ou bem que é para o exercício genérico da função, o que, em qualquer caso, terá de ser provado autonomamente³⁷. Neste contexto, o exercício genérico da função significa, por exemplo, o superior hierárquico dizer ao funcionário que dedique uma especial atenção aos assuntos que um indivíduo, em concreto, tenha para tratar com a Administração, mas sem especificar qualquer ato ou omissão do funcionário.

Seja qual for a relação entre o recebimento indevido de vantagem e a corrupção, o ponto é que ambas as incriminações tutelam o mesmo bem jurídico.

Em suma, o tipo objetivo do crime de recebimento indevido de vantagem, interpretado à luz do respetivo bem jurídico e numa lógica de ofensividade, pressupõe umnexo de idoneidade lesiva entre a oferta da vantagem e o âmbito funcional ou decisório do funcionário que recebe a oferta. Assim, o oferecimento de vantagem por parte de pessoa ou empresa que não tenha, nem, em tese, possa a vir a ter, no domínio da sua atividade, assuntos pendentes com o funcionário que beneficia da oferta afasta, em princípio, o preenchimento do tipo objetivo do crime em causa.

A expressão “no exercício das suas funções ou por causa delas” inscrita no artigo 372.º, n.ºs 1 e 2, CP não aparece nos §§ 331 Abs. 1 e 333 Abs. 1 do StGB que lhe serviram de fonte comparada. Esta expressão ocupa o lugar da expressão “para o exercício da função” que aparece nos §§ 331 Abs. 1 e 333 Abs. 1 do StGB alemão e que não tem paralelo no artigo 372.º, n.ºs 1 e 2, CP. Na verdade, o legislador português parece estar mais próximo da solução contida na rejeitada Proposta de Lei de Combate à Corrupção alemã, de 18 de dezembro de 1995, que exigia apenas que o recebimento de vantagem ocorresse no contexto do cargo do funcio-

³⁷ Cf. SOUSA MENDES, *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, pp. 40-41.

nário, do que da solução que vingou nos §§ 331 e 333 do StGB, onde se exige que o recebimento de vantagem seja para o exercício da função.

Por outra parte, o legislador português parece ainda ter-se socorrido de uma fórmula já anteriormente consagrada, a propósito da responsabilidade dos funcionários e agentes, nos artigos 22.º e 271.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”). A mesma formulação surge a propósito do dever de denúncia para os funcionários, no artigo 242.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal (doravante “CPP”)³⁸. Seja como for, a formulação constitucional é: “no exercício das suas funções e por causa desse exercício” (artigos 22.º e 271.º, n.º 1, CRP). Também na lei processual penal é: “no exercício das suas funções e por causa delas” (artigo 242.º, n.º 1, alínea b), CPP). A substituição da copulativa “e” pela disjuntiva “ou”, que consta dos artigos 372.º, n.ºs 1 e 2, CP não pode deixar de ter significado. Tratando-se de elementos que fazem parte do tipo legal de crime, a disjuntiva implica que bastará provar ou um ou outro para se dar por preenchido o tipo criminal nessa parte. Basta, pois, provar que o recebimento de vantagem ocorreu no exercício das funções ou por causa das funções do funcionário em causa.

Que pode então significar a expressão no exercício das funções, a não ser que a vantagem foi aceite ou solicitada por alguém que, simplesmente, era funcionário no momento do facto? Se porventura acolhêssemos esta interpretação, então estaria encontrada a fórmula mágica para punir o funcionário corrupto e o seu corruptor sem necessidade de provar o pacto ilícito entre ambos. Qualquer vantagem para si ou para terceiro que um funcionário aceitasse ou solicitasse seria crime: por exemplo, a mala de dinheiro que o funcionário recebeu seria crime e a renda mensal que o funcionário recebeu por ser proprietário de um imóvel arrendado também seria crime. Qual a diferença?

E que pode significar a expressão por causa das funções, a não ser que a vantagem foi aceite ou solicitada por funcionário que estava fora do exercício das suas funções, dado encontrar-se de folga, de férias ou de baixa? Também aqui funcionaria a fórmula mágica para punir o funcionário corrupto e o seu corruptor sem necessidade de provar o pacto ilícito entre ambos. Qualquer vantagem para si ou para terceiro que um funcionário aceitasse ou solicitasse seria crime: por exemplo, a barra

³⁸ Cf. J. M. DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção – Uma Análise Crítica das Leis n.ºs 32/2010, de 2 de setembro e 41/2010, de 3 de setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 87, n. 108.

de ouro que o funcionário recebeu seria crime e a viagem de lua-de-mel oferecida pelo sogro também seria crime. Qual a diferença?

Naturalmente, a interpretação literal que distingue os momentos dentro do exercício e fora do exercício das funções não tem razão de ser e tornaria muito difícil de apurar se a vantagem foi aceite ou solicitada no exercício ou fora do exercício de funções públicas, uma vez que os órgãos de investigação criminal podem não conseguir obter um conhecimento preciso do momento em que se concretizou a aceitação ou solicitação da vantagem. Além de que o momento em que se mercadeja com o cargo não é essencial ao crime, mas é meramente circunstancial³⁹. O ponto que está em causa é, sobretudo, um outro elemento do tipo, a saber: a vantagem tem de ser “indevida”. Como afirma Damião da Cunha:

«[...] o problema essencial não é só saber se o funcionário recebe (*rectius*, solicita-aceita) a vantagem na condição de funcionário ou por causa de ser funcionário (verdadeiramente só esta última vertente interessará). A questão está, além disso, em saber se a vantagem é indevida. Para se saber se é indevida tem naturalmente de ter-se em atenção as circunstâncias do “negócio”, porque só é indevida aquela que visa “remunerar” a (sua) função do funcionário. E nisso há que ter em conta todo aquele conjunto de elementos de ponderação que cumulativamente (incluindo o “montante em jogo”, mas também a existência de eventuais pretensões jurídicas do subornador dependentes daquelas funções) devam ser considerados»⁴⁰.

Só a conjugação da qualidade de funcionário (em período de serviço, de descanso ou de baixa médica) com a aceitação-solicitação indevida da vantagem permitem concluir que ocorreu uma transação com o cargo. Novamente nas palavras de Damião da Cunha:

«[c]omo então saber se a vantagem é indevida: quando não haja justificação nenhuma, ou razoavelmente “convincente”, para a sua perceção, e que inequivocamente fique demonstrado que ela foi para o exercício das funções (e, necessariamente, por causa delas) – o que, em qualquer caso, exigirá sempre a demonstra-

³⁹ No mesmo sentido, cf. DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção*, p. 91.

⁴⁰ DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção*, p. 92.

ção de uma ligação/elo à atividade do funcionário, fundamentada com elementos concretos e objetivadores dessa mesma “convicção”»⁴¹.

Assim, a demonstração de que a vantagem foi aceite ou solicitada e oferecida ou prometida para o exercício das funções (e, necessariamente, por causa delas) torna-se uma condição necessária do preenchimento do tipo de crime de recebimento indevido de vantagem. Afinal a lei portuguesa acaba não se afastando da lei alemã no tocante à exigência do pacto ilícito entre o funcionário corrupto e o corruptor como elemento implícito dos tipos de crime de recebimento indevido de vantagem, já que a vantagem só releva penalmente se for prometida ou oferecida e solicitada ou recebida para o exercício da função⁴².

Em suma, a expressão “no exercício das suas funções ou por causa delas” inscrita no artigo 372.º, n.º 1, CP significa que a vantagem tem de ser aceite ou solicitada para o exercício das funções (e, necessariamente, por causa delas) do funcionário para se dar por preenchido o tipo objetivo do crime de recebimento indevido de vantagem. Se tal não resultasse já por mera interpretação declarativa do artigo 372.º, n.º 1, CP, impor-se-ia então operar a redução teleológica da norma, por forma a excluir as situações de aceitação ou solicitação de vantagens em contextos habituais na vida de qualquer pessoa⁴³.

O crime de recebimento indevido de vantagem é um crime doloso. O dolo pode ser preenchido em qualquer uma das três modalidades, a saber: o dolo direito (intenção), o dolo necessário e o dolo eventual.

4. O CRIME DE OFERTA INDEVIDA DE VANTAGEM

Assim, a demonstração de que a vantagem foi aceite ou solicitada e oferecida ou prometida para o exercício das funções (e, necessariamente, por causa delas) torna-se uma condição necessária do preen-

⁴¹ Cf. DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção*, p. 90, destaques do Autor.

⁴² Em sentido contrário, cf. E. DÂMASO SIMÕES, “Contra a corrupção – As leis de 2010”, in: R. CARMO e H. LEITÃO (org.), *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora / Centro de Estudos Judiciários, 2011, (pp. 43-63) pp. 49-50.

⁴³ Como já tivemos ocasião de defender (cf. SOUSA MENDES, *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, p. 40, n. 8).

chimento do tipo de crime de recebimento indevido de vantagem. Afinal a lei portuguesa acaba não se afastando da lei alemã no tocante à exigência do pacto ilícito entre o funcionário corrupto e o corruptor como elemento implícito dos tipos de crime de recebimento indevido de vantagem, já que a vantagem só releva penalmente se for prometida ou oferecida e solicitada ou recebida para o exercício da função⁴⁴.

A expressão “no exercício das suas funções ou por causa delas” inscrita no artigo 372.º, n.º 2, CP significa que a vantagem tem de ser dada ou prometida para o exercício das funções (e, necessariamente, por causa delas) do funcionário para se dar por preenchido o tipo objetivo do crime de oferta indevida de vantagem. Se tal não resultasse já por mera interpretação declarativa do artigo 372.º, n.º 2, CP, impor-se-ia então operar a redução teleológica da norma, por forma a excluir as situações de entrega ou promessa de vantagens em contextos habituais na vida de qualquer pessoa⁴⁵. Na modalidade ativa, a vantagem que não for dada ou prometida para o exercício das funções (e, necessariamente, por causa delas) do funcionário não preenche o n.º 2 do artigo 372.º CP.

5. A DISTINÇÃO EM RELAÇÃO À CORRUPÇÃO

O chamado acordo ilícito (*Unrechtsvereinbarung*) que a jurisprudência e a doutrina alemãs, em geral, exigem como elemento de conexão – ainda que meramente intencionado (*angestrebten*) – entre a vantagem e o exercício das funções decorre da exigência prevista no tipo do § 333 Abs. 1 StGB⁴⁶ de que a entrega ou promessa seja feita “para o exercício da função” (*für die Dienstausbübung*)⁴⁷.

A jurisprudência e a doutrina alemãs tendem a aceitar – apesar da exigência nuclear do acordo ilícito intencionado que aproxima os crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem dos crimes de cor-

⁴⁴ Em sentido contrário, cf. DÂMASO SIMÕES, *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, pp. 49-50.

⁴⁵ Como já tivemos ocasião de defender (cf. SOUSA MENDES, *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, p. 40, n. 8).

⁴⁶ Também no § 331 Abs. 1 StGB.

⁴⁷ Por todos, cf. M. MÖHRENSCHLAGER, “Der strafrechtliche Schutz gegen Korruption”, in: D. Dölling (org.), *Handbuch der Korruptionsprävention – Für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*, München, Beck, 2007, (pp. 377-561) pp. 413-420.

rupção passiva e ativa⁴⁸ – que se justifica a distinção entre os tipos por causa da exigência, quanto à influência, de um concreto ato de função (nos crimes de corrupção passiva e ativa) ou do exercício da função em geral (nos crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem)⁴⁹.

Outra distinção é a exigência de um ato de comunicação expresso nos crimes de corrupção passiva e ativa, enquanto no recebimento ou oferta indevidos de vantagem o ato de comunicação pode estar meramente sugerido, bastando a mera vontade por parte do oferente de influenciar o exercício da função, por exemplo, através da espécie ou valor da vantagem oferecida⁵⁰.

6. O CONCEITO DE ACORDO ILÍCITO INTENCIONADO

O Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof* – doravante, “BGH”) alemão estabeleceu uma definição jurisprudencial do conceito de acordo ilícito intencionado que é necessário para o preenchimento de cada um dos tipos de ilícito em referência⁵¹.

O BGH começou por notar que a *KorrBekG* de 1997 atenuara o grau de exigência relativo às características do acordo ilícito intencionado, no âmbito dos então criados crimes de recebimento e oferta indevidos de vantagem. O acordo ilícito intencionado é o elemento nuclear de todos os tipos de crime de corrupção, em sentido amplo. Nos clássicos tipos de crime de corrupção, o foco do acordo ilícito é o ato de ofício, ao passo que nos novos tipos de crime passou a ser o exercício do serviço.

Foi intenção do legislador ultrapassar as dificuldades de prova que derivavam do *facto de*, tratando-se de altos funcionários e com amplas competências, ser mais difícil de estabelecer a correlação da peita ou suborno com um particular ato de ofício. Além disso, o legislador pretendeu abarcar as situações de procura da criação de boas-vontades na Administração, mas manteve, conscientemente, a exigência do

⁴⁸ Cf. L. KUHLEN, “Die Bestechungsdelikte der §§ 331-334 StGB”, *JuS*, 8 (2011), (pp. 673-680) p. 673.

⁴⁹ Cf. P. REINHOLD, “Zur Strafbarkeit der Klimapflege nach §§ 331, 333 StGB”, *HRRS*, 4 (2010), (pp. 213-219) p. 215.

⁵⁰ Cf. REINHOLD, *HRRS*, 4 (2010), p. 215.

⁵¹ Cf. BGH URTEIL v. 14.10.2008 (1 StR 260/08). Online: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=14.10.2008&Aktenzeichen=1%20StR%20260%2F08> (consultado em 15.06.2023).

acordo ilícito intencionado como condição do preenchimento dos §§ 331 e 333 StGB. De facto, o legislador recusou uma anterior Proposta de Lei de Combate à Corrupção, de 18 de dezembro de 1995, da Câmara Alta do Parlamento (*Bundesrat*)⁵², a qual prescindia do acordo ilícito e pretendia punir simplesmente o recebimento e o oferecimento ou promessa indevidos de vantagem “em conexão com o seu cargo” (*im Zusammenhang mit seinem Amt*). Tal permitiria punir a simples promoção de um “ambiente geral” (*allgemeine Klimapflege*) propício à tomada de decisões do funcionário ou punir aquilo que se designa na gíria por “lançar o isco” (*Anfüttern*). Mas o Governo Federal e a Comissão Parlamentar dos Direitos Fundamentais (*Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages*) criticaram a extensão preconizada para os novos tipos de crime por incluírem situações socialmente adequadas no âmbito dos factos puníveis, o que seria inaceitável.

Entre a vantagem e o exercício do serviço deve, pois, estabelecer-se uma “relação de reciprocidade” (*Gegenseitigkeitsverhältnis*), no sentido de o acordo ilícito desejado, expresso ou tácito, encontrar a sua razão de ser precisamente nesse exercício do serviço, função ou cargo. Tal exige que a finalidade da entrega ou promessa da vantagem seja a de influenciar o exercício do serviço no futuro ou gratificar o seu exercício no passado. É suficiente que a vontade (*Wille*) do particular que oferece ou promete a vantagem se dirija à criação de uma boa-vontade relativamente a decisões futuras, a qual possa vir a ser ativada oportunamente.

Na tentativa de densificar o conceito de acordo ilícito, enquanto dependente da finalidade de alguém, através da vantagem, influenciar ou gratificar o exercício de uma função pública, o BGH baseou-se em quatro indícios, a saber:

- i) A plausibilidade de uma finalidade alternativa à finalidade ilícita (por exemplo, o convite para uma cerimónia pública);
- ii) A posição do funcionário e a relação que quem oferece a vantagem tem com as tarefas do funcionário (por exemplo, o funcionário não ter, nem ter tido competências funcionais relacionadas com o ofertante);

⁵² Cf. *Bundesratsentwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes vom 18. Dezember 1995* (BTD Drucks. 13/3353). Na verdade, a iniciativa partira, antes disso, do estado federado de Berlim (*Land Berlin*), em 24 de maio de 1995.

- iii) A forma de proceder na concretização da vantagem (por exemplo, o procedimento ser transparente e público);
- iv) O tipo, o valor e a frequência das vantagens (por exemplo, o valor ser diminuto).

Tudo terá, no entanto, de passar por uma ponderação axiológica (*Wertungsbeurteilung*) da situação no seu conjunto, a qual acabará por ser determinante do sentido final da decisão do juiz de facto. Tal significa que nenhum dos indícios, só por si, é determinante.

Em suma, o que releva não é a existência efetiva do acordo de ilicitude. É suficiente que a oferta vise a um tal acordo. Como possíveis indícios dessa vontade de influenciar ou gratificar o exercício da função, o juiz de facto deve tomar em consideração, entre outros aspetos, a relação do particular com o serviço, as competências funcionais do funcionário, o procedimento utilizado para concretizar a entrega da vantagem e a natureza, o valor e a frequência das vantagens. Por exemplo, o disfarce no procedimento de entrega da vantagem poderá constituir um forte indício do acordo ilícito intencionado. O BGH destacou, no entanto, as enormes dificuldades de interpretação e prova suscitadas por este elemento típico do acordo ilícito intencionado.

O legislador português parece estar mais próximo da solução contida na rejeitada proposta de Lei de Combate à Corrupção alemã, de 18 de dezembro de 1995 (acima referida), que exigia apenas que o recebimento/oferta de vantagem ocorresse no contexto do cargo do funcionário, do que da solução que vingou nos §§ 331 e 333 StGB, onde se exige que o recebimento/oferta de vantagem sejam para o exercício do serviço. Na verdade, o artigo 372.º CP não menciona, em lugar algum, que o recebimento/oferta de vantagem sejam “para o exercício do serviço”, mas menciona apenas que tal ocorra “no exercício das suas funções ou por causa delas”. Poderia, assim, pensar-se que o acordo ilícito intencionado não faria parte desses tipos de crime e a prova tornar-se-ia, por isso mesmo, mais fácil de fazer entre nós. Defendo, no entanto, que o acordo ilícito intencionado é um elemento dos tipos de crime de recebimento e oferta indevidos de vantagem. Se tal não resulta por interpretação declarativa do novo artigo 372.º, n.ºs 1 e 2, CP, impõe-se então operar a redução teleológica das normas incriminadoras, por forma a excluir as situações de simples promoção de um clima geral de boa-vontade na Administração.

7. A ADEQUAÇÃO SOCIAL E OS USOS E COSTUMES

A adequação social da oferta não se confunde com um valor fixo⁵³. Ainda hoje a doutrina discute vivamente sobre o que é a adequação social e o que representa para o direito penal. Designadamente discute se a adequação social exclui a tipicidade da conduta ou justifica a conduta típica, no quadro de uma distinção material entre tipo e justificação⁵⁴.

Nada nos obriga, porém, a digressionar por este debate, a não ser na medida em que se questiona a extensão da cláusula de adequação social consagrada no n.º 3 do artigo 372.º CP. A doutrina dispensaria a consagração legal de qualquer cláusula de adequação social, uma vez que a própria ideia de adequação social constitui, por si mesma, um recorte interpretativo do âmbito de aplicação de qualquer norma incriminadora, haja ou não haja cláusula de adequação social. Assim, a cláusula de adequação social como excludente da tipicidade, tal como a apresenta o legislador no n.º 3 do artigo 372.º CP, tem um carácter “quase tautológico”⁵⁵. Enquanto tautologia significa que o recebimento de vantagem não é indevido, em termos de exercício de funções públicas, se corresponder a condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes. Ou seja, o mero recebimento de vantagem não basta para haver preenchimento do tipo de crime.

O que se torna problemático é procurar concretizar a cláusula de adequação social através da indicação de um teto monetário para a relevância jurídico-penal da vantagem recebida ou solicitada, quando o legislador o não fez. Tal não faria qualquer sentido, pois, como bem afirma Cláudia Cruz Santos: “aquilo que é suficiente para corromper um funcionário que recebe pouco mais do que o salário mínimo é cer-

⁵³ A introdução do conceito de adequação social na dogmática do direito penal ficou a dever-se a Hans Welzel (1904-1977). Cf. H. WELZEL, “Studien zum System des Strafrechts” (1939), agora in: do mesmo A., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin / New York, Walter de Gruyter, 1975, (pp. 120-184) pp. 140-142.

⁵⁴ Por todos, cf. M. P. BONIFÁCIO RIBEIRO DE FARIA, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal – Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto, Universidade Católica, 2005, pp. 1127-1140.

⁵⁵ A expressão é de DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção*, p. 93.

tamente diverso daquilo que é necessário para corromper um agente público de elevado estatuto socioeconómico⁵⁶.

Mais problemático ainda seria procurar indexar o suposto valor máximo da vantagem legítima ao conceito de valor diminuto dos crimes patrimoniais (artigo 202.º CP). Como bem refere Damião da Cunha: «uma correta interpretação deste preceito implicará negar relevância ao conceito de valor diminuto (dos crimes patrimoniais), para efeito de “adequação social”. De facto, tendo o legislador optado por fixar escalas de valor segundo o esquema dos crimes contra o património (valor elevado; valor consideravelmente elevado), parece-nos que deveria ter considerado a consagração do valor diminuto como indicativo da “adequação social”. Quer-se com isto dizer que a ausência de expressa referência ao “valor diminuto” é, quanto a nós, uma opção pensada do legislador para o âmbito da corrupção. Acrescente-se que o conceito definatório de “valor diminuto”, se necessário para este concreto efeito, deve, em nosso entender, assumir conteúdo autónomo em relação ao dos valores dos crimes patrimoniais; por duas razões: **a)** pela diferença dos bens jurídicos protegidos em cada uma das tipicidades; **b)** pelo facto de o valor diminuto nos crimes contra o património servir para criar um contratipo (mas com dignidade penal e por isso ser um crime punível, contra o património), enquanto na corrupção se trata de “negar” a tipicidade (de um crime de dever)>>⁵⁷.

A remissão para os usos e costumes que consta do n.º 3 do artigo 372.º CP é outro argumento no sentido de se negar qualquer relevância ao conceito de valor diminuto (dos crimes patrimoniais) para efeitos de delimitação da adequação social da conduta em causa, pois os usos e costumes admissíveis na Administração Pública variam em função de épocas festivas (*e.g.*, gratificações a bombeiros, cantoneiros de limpeza ou carteiros), da profissão do funcionário (*e.g.*, ofertas de manuais e outros livros de estudo a professores) ou de prémios e recompensas por atos meritórios praticados no exercício do cargo (*e.g.*, outorga de

⁵⁶ C. CRUZ SANTOS, “A corrupção de agentes públicos em Portugal: Reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência”, in: *A Corrupção – Reflexões (a Partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, (pp. 99-152) p. 134.

⁵⁷ Cf. DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção*, pp. 93-94, n. 120.

prêmios e recompensas)⁵⁸. A própria Administração Pública poderá definir os valores das ofertas admissíveis e as regras de ética dos funcionários sem nenhuma relação com o valor diminuto⁵⁹.

A cláusula de adequação social consagrada no n.º 3 do artigo 372.º do CP não pode, pois, ser reconduzida, em caso algum, ao conceito de valor diminuto previsto no artigo 202.º do CP (equivalente a uma unidade de conta).

O valor estimado igual ou superior a 150€ que serve de referência às ofertas de bens ou serviços que possam ser consideradas suscetíveis de condicionar a independência no exercício do mandato, nos termos do Código de Conduta dos Deputados⁶⁰, não garante, por si só, que as ofertas acima desse valor constituam crime, nem que as ofertas abaixo desse valor o não sejam.

CONCLUSÕES

Os crimes de recebimento e oferta indevidos de vantagem são incriminações alternativas à corrupção passiva e à corrupção ativa. A relação é de alternatividade no sentido em que o acordo ilícito intencionado por qualquer uma das partes ou bem que se destina à prática de um particular ato ou omissão do funcionário, ou bem que é para o exercício genérico da função, o que, em qualquer caso, terá de ser provado autonomamente⁶¹. Neste contexto, o exercício genérico da função significa, por exemplo, o superior hierárquico dizer ao funcionário que dedique uma especial atenção aos assuntos que um indivíduo, em concreto, tenha para tratar com a Administração, mas sem especificar qualquer ato ou omissão do funcionário.

Seja qual for a relação entre o recebimento ou oferta indevidos de vantagem e a corrupção passiva e ativa, o ponto é que tais incriminações

⁵⁸ Alguns dos exemplos foram retirados de ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção*, p. 121.

⁵⁹ Cf. DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção*, p. 94.

⁶⁰ Online: <https://www.parlamento.pt/DeputadoGP/Paginas/CodigoConduta.aspx> (consultado em 15.06.2023).

⁶¹ Cf. SOUSA MENDES, *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, pp. 40-41.

tutelam o mesmo bem jurídico (ou qualquer outro critério de valor equivalente).

Em suma, os tipos de crime de recebimento ou oferta indevidos de vantagem, interpretados à luz do respetivo bem jurídico (ou qualquer outro critério de valor equivalente) e numa lógica de ofensividade, pressupõem um nexo de idoneidade lesiva entre a vantagem e o âmbito funcional ou decisório do funcionário que aceita, solicita ou recebe a oferta. Assim, a oferta de vantagem por parte de indivíduo ou empresa que não tenha, não teve, nem, em tese, possa a vir a ter, no domínio da sua atividade, assuntos pendentes com o funcionário que beneficia da oferta afasta, em princípio, o preenchimento do tipo objetivo do crime em causa.

O valor estimado igual ou superior a 150€ que serve de referência às ofertas de bens ou serviços que podem ser consideradas suscetíveis de condicionar a independência no exercício do mandato dos deputados não garante, por si só, que as ofertas acima desse valor constituam crime, nem que as ofertas abaixo desse valor o não sejam.

A adequação social não se confunde com um valor fixo de referência para ofertas aos funcionários acima do qual se considere automaticamente preenchido o tipo objetivo dos crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem.

O preenchimento dos tipos de crime de recebimento ou oferta indevidos de vantagem é exigente e muito mais difícil de comprovar na prática do que os crimes de corrupção passiva e ativa.

Bibliografia citada:

A. HOYER, *Die Eignungsdelikte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987.

A. M. DE ALMEIDA COSTA, “Anotação aos artigos 372.º a 374.º CP – Corrupção passiva e corrupção activa”, in: J. de Figueiredo Dias (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 654-823.

BGH Urteil v. 14.10.2008 (1 StR 260/08). Online: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=14.10.2008&Aktenzeichen=1%20StR%20260%2F08> (consultado em 15.06.2023).

Bundesratsentwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes vom 18. Dezember 1995 (BTDrucks. 13/3353).

C. CRUZ SANTOS, “A corrupção de agentes públicos em Portugal: Reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência”, in: *A Corrupção – Reflexões (a partir da*

Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico-Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 99-152.

C. CRUZ SANTOS, “Notas breves sobre os crimes de corrupção de agentes públicos (Considerações em torno do presente e do futuro do seu regime jurídico)”, *Julgar*, 11 (2010), pp. 51-58.

C. CRUZ SANTOS, “Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro (‘É preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma’?)”, in: R. Carmo e H. Leitão (org.) *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora / Centro de Estudos Judiciários, 2011, pp. 9-28.

C. CRUZ SANTOS, “Os crimes de corrupção – Notas críticas a partir de um regime jurídico-penal sempre em expansão”, *Julgar*, 28 (2016), pp. 89-105.

C. CRUZ SANTOS, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto – A Evolução das Incriminações Penais, a Jurisprudência, o Tempo para a Investigação e a Delação Premiada*, Coimbra, Almedina, 2018.

C. LÍBANO MONTEIRO, “O Código Penal de 1982: Subsídio para uma compreensão histórica da sua génese”, *BFDUC* 68 (1992), pp. 265-282.

Código de Conduta dos Deputados. Online: <https://www.parlamento.pt/DeputadoGP/Paginas/CodigoConduta.aspx> (consultado em 15.06.2023).

Código Penal, Atas e Projeto da Comissão de Revisão, Lisboa, Ministério da Justiça / Rei dos Livros, 1993.

E. DÂMASO SIMÕES, *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora / Centro de Estudos Judiciários, 2011, pp. 43-63.

H. MONIZ e C. CARDADOR, “Corrupção ou corrupções”, in: P. P. Albuquerque, R. Cardoso e S. Moura (coord.), *Corrupção em Portugal – Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, pp. 293-303.

H. SCHRÖDER, “Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?”, *JZ*, 1967, pp. 522-525.

H. SCHRÖDER, “Les délits de mise en danger – Rapport particulier: Allemagne Fédérale”, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969 (Actes du Colloque préparatoire du Xe Congrès international de droit pénal organisé par le Groupe Italien de l’Association Internationale de Droit Pénal et par le Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale – Rome, 28-31 mai 1968), pp. 7-31.

H. WELZEL, “Studien zum System des Strafrechts” (1939), agora in: do mesmo A., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin / New York, Walter de Gruyter, 1975, pp. 120-184.

J. DE FARIA COSTA, *Direito Penal*, Lisboa, INCM, 2017.

J. J. C. PEREIRA E SOUSA, *Classes dos Crimes, por Ordem Systematica, com as Penas Correspondentes, Segundo a Legislação Actual*, 2.ª ed., Lisboa, Officina de J. F. M. de Campos, 1816 (1.ª ed., 1803).

J. M. DAMIÃO DA CUNHA, *A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção – Uma Análise Crítica das Leis n.os 32/2010, de 2 de setembro e 41/2010, de 3 de setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

J. M. SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa: Danúbio, 1982.

L. GRECO e A. TEIXEIRA, “‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, *RBCCRIM*, 134 (2017), pp. 89-147.

L. KUHLEN, “Die Bestechungsdelikte der §§ 331-334 StGB”, *JuS*, 8 (2011), pp. 673-680.

L. M. JORDÃO, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, III, Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1854.

L. OSÓRIO DA GAMA e CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, *Notas ao Código Penal Português*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1923.

M. CAVALEIRO DE FERREIRA, “Crimes de corrupção e de concussão” (Parecer), *Sci X/52* (mar-abr. 1961), pp. 205-229.

M. MÖHRENSCHLAGER, “Der strafrechtliche Schutz gegen Korruption”, in: D. Dölling (org.), *Handbuch der Korruptionsprävention – Für Wirtschaftsunternehmen und öffentliche Verwaltung*, München, Beck, 2007, pp. 377-561.

M. P. BONIFÁCIO RIBEIRO DE FARIA, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal – Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto, Universidade Católica, 2005.

N. BRANDÃO, “Corrupção: a questão da consumação material e as suas consequências”, in: P. P. Albuquerque, R. Cardoso e S. Moura (coord.), *Corrupção em Portugal – Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021, (pp. 178-194).

Ordenações Filipinas, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985 (fac-símile da edição anotada por C. MENDES DE ALMEIDA, Rio de Janeiro, 1870).

P. DE SOUSA MENDES, “Os Novos Crimes de Recebimento e de Oferta/Promessa Indevidos de Vantagem no Código Penal”, in: Rui do Carmo e Helena Leitão (org.), *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora / Centro de Estudos Judiciários, 2011, pp. 29-41.

P. J. DE MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Criminalis Lusitani liber singularis*, ed. quinta in usum auditorii Conimbricensis, Conimbricae, Typis Academicis, 1860 (1.^a ed., 1794).

P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2022.

P. REINHOLD, “Zur Strafbarkeit der Klimapflege nach §§ 331, 333 StGB”, *HRRS*, 4 (2010), pp. 213-219.

V. PEZZINI, “Problemi interpretativi in tema di istigazione alla corruzione”, *L'indice penale*, NS-II/1 (jan.-abr. 1999), pp. 215-229.

Colegialidade, direcção e justiça: a composição dos colectivos nos tribunais superiores em matéria de recurso penal

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS

Advogado

O presente tema – a formação do colectivo que nos tribunais superiores decide a sorte de recursos criminais – parece ser apenas uma matéria de mera organização judiciária, mas trata-se afinal do cerne da real substância do reexame em recurso do decidido pelas instâncias.

Não sou eu quem o diz, socorro-me das palavras do Conselheiro-Presidente emérito deste Supremo Tribunal de Justiça, Henriques Gaspar, quando, em artigo de balanço sobre a reforma processual penal, escreveu:

«A garantia inerente a um recurso assenta em boa parte na constituição do tribunal *ad quem* nas formações de julgamento: a decisão em colégio constitui e deve constituir uma qualidade intrínseca à formação dos tribunais de recurso. A restrição da colegialidade enfraquece, formal e substancialmente, a condição orgânica e a dimensão instrumental da efectividade do direito.»

É esta a questão, afinal, um tópico de constitucionalidade, um momento, mais um, da eterna luta pelo Direito, contra a hermenêutica positivista, serventuária dos interesses da pragmática.

Se à previsão legal juntarmos o que nos chega como sendo ecos de alguma indesejável disfunção prática, o tema torna-se crucial.

Integra tal disfunção, antes de mais, o predomínio que possa existir do relator sobre os demais membros do colectivo, nomeadamente ante

o sistema da sucessividade dos vistos; soma-se quando se questiona se ao presidente da secção cabe uma activa intervenção nos trabalhos ou a sua mera direcção de votação em caso de empate; radicaliza-se quando se suscita a matéria da adesão ao decidido sem análise atenta da fundamentação, o que, a ser assim, e já foi público que ocorre, integra o momento mais inaceitável de um regime jurídico em que a lei supõe existir uma colectividade atenta, actuante e comprometida na ponderação do decidido, nisso incluindo aquele a quem cabe presidir a tal colégio.

Antes de mais, ficam algumas clarificações conceituais.

A EXIGÊNCIA DA COLEGIALIDADE E SEUS REQUISITOS

Confiar-se a um colectivo de pessoas, e não a uma só, uma avaliação ou decisão, é exigência de aprofundamento e rigor.

Aprofundamento, pela participação de várias mentes, diversas perspectivas, sensibilidades, em geral mundivisões, numa lógica de engrandecimento epistémico.

Rigor, porque é precisamente pelo cruzamento multimodal desses diversos ângulos que se obtém uma conclusão que se supõe mais rigorosa, porque mais enriquecida, contrastando conhecimentos e opiniões.

Está em causa **(i)** em primeiro registo, a colegialidade enquanto número mínimo de pessoas que integrem o colégio incumbido de avaliar a decidir **(ii)** por outro, a colegialidade enquanto modo de funcionamento.

A concretização dessa exigência pressupõe, porém, a verificação cumulativa de dois factores:

- a** - a participação efectiva dos que integram o colégio a quem é confiada a avaliação ou a decisão
- b** - a participação simultânea de todos eles.

Não integra o requisito a situação em que, constituído o colégio, algum dos seus membros participa no mesmo de modo defectivo, por omissão ou redução da sua intervenção do mesmo, sem majoração da sua capacidade interventiva.

Não integra também tal requisito quando o funcionamento do colégio não assente numa discussão, em lógica de convocação de contrários, de todos os que o integram, mas decorre de sucessividade de inter-

venção em que o segundo já está balizado pela perspectiva formada pelo primeiro e assim sucessivamente, sem que pense o tema livre de sugestões prévias, como se fosse um tópico suscitado pela primeira vez.

Havendo que organizar os trabalhos do colégio que esteja incumbido de avaliar e decidir, necessário se torna que o mesmo tenha uma presidência, o que suscita, como tema próprio, apurar se incumbem àquele a quem forem confiadas funções de presidência:

- a -** meros poderes de direcção da equipa, sem intervenção na substância, mas apenas de asseguramento das regras procedimentais desta, ou
- b -** meios de intervenção, por um lado paritários relativamente aos demais membros do colégio, acrescido apenas, em caso de desempate, pelo voto de qualidade, pelo qual vota por si e vota de novo para que o desempate se obtenha.

A COLEGIALIDADE ENQUANTO NÚMERO MÍNIMO

No domínio processual penal, a colegialidade enquanto número mínimo é exigência que se coloca, ponderando vários parâmetros:

- a -** o momento processual em que se suscitem e assim **(i)** a questão não se coloca quanto ao juiz que intervenha na fase de inquérito nem quanto ao juiz que tenha a função de realizar a fase de instrução **(ii)** mas já sim quanto ao foro de julgamento e **(iii)** também em fase de recurso
- b -** a gravidade de situações, e assim, em função da dosimetria penal ou de critério imposto por lei, determinados casos são confiados a tribunais colectivos, isto quando não intervenha o júri.

Em função da fase do processo

A ausência de colegialidade nas fases de inquérito e instrução decorrem de uma opção do legislador ante a natureza tendencialmente precária e instrumental destas fases, as quais, se conducentes a um juízo de julgamento, são dele preparatórias.

Historicamente nem sempre foi assim, e o juízo de pronúncia, pelo qual é decidido judicialmente se certo feito é levado a julgamento, já foi matéria de competência de um júri, o que sucedeu, em ruptura com o

sistema tradicional das Ordenações e por importação de um modelo francês, por sua vez inspirado na tradição do processo inglês, ainda hoje subsistente na justiça norte-americana¹.

Já na fase de julgamento, certos feitos que a lei assume terem gravidade suficiente para tal, implicam a sujeição dos mesmos, para aquele efeito, a um tribunal colectivo, formado por três juizes, quando não ocorra a intervenção de um júri.

Há também que relevar regimes especiais, como o estatuído em matéria de cooperação judiciária internacional, segundo o qual a decisão final cabe a um colectivo formado por três juizes [artigo 57.º da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, decisão passível, aliás de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, conforme o determina o artigo imediatamente subsequente da mesma Lei².

Já na fase de recurso, a colegialidade é por definição colectiva, embora tenha crescido a tendência para a singularização da fase, nisso incluindo o que se passa quanto ao Tribunal Constitucional.

É assim de natureza colegial, o julgamento de recursos penais, independentemente da gravidade do caso, aferida esta pela severidade da pena, não havendo recursos que sejam decididos por juiz singular.

Há, no entanto, a ditar uma vasta excepção ao regime, a figura da decisão sumária, proferida singularmente pelo relator, possibilidade introduzida pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto, que modificou o artigo 417.º, n.º 6, a) do Código de Processo Penal³, passível embora de

¹ O júri da pronúncia foi introduzido entre nós pelos Decretos de 29 de Dezembro de 1936 e 13 de Janeiro de 1837, os quais aprovaram a *Organização do Judicial e Reforma do Processo Civil e Criminal*. Havia assim um sistema de duplo júri, o incumbido de ratificar a pronúncia e um outro com intervenção em julgamento. O sistema manteve-se ainda na *Novíssima Reforma Judicial*, aprovada pelo Decreto de 24 de Maio de 1841. A tradição das Ordenações era no sentido de se tratar de acto da competência de juiz. Na fórmula de PEREIRA E SOUSA [*Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, 2.ª edição, 1800] «pronúncia é a sentença do juiz que declara o réu suspeito do delito que faz objecto da devassa, ou da querela contra ele dada e o põe no número dos culpados». A devassa era uma notícia de crime recolhida pela autoridade do juiz, ainda que contra incertos.

² Que a Lei n.º 144/99 «não impõe a utilização do julgamento em audiência» desta matéria, permitindo que a mesma seja decidida em conferência, determinou o Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão de 11.01.2018, o que foi reiterado pelo Acórdão do mesmo Tribunal proferido a 17.06.2020, em sede de mandado de detenção europeu.

³ Este instituto tem paternidade reivindicada. O Conselheiro SIMAS SANTOS assume-se

reclamação para a conferência, nos termos do artigo 419.º, n.º 3, a) do mesmo diploma⁴, o que configura uma forma de reapreciação colegial da decisão sumária e não um recurso em sentido próprio⁵.

O mesmo se passa no Tribunal Constitucional, conforme o determina o artigo 78.º-A da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, a Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, o qual foi introduzido pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro.

Por decorrência da gravidade do caso

Salvo havendo imposição legal em sentido contrário, a gravidade criminal de um caso afere-se pela severidade da pena abstracta que lhe seja cominada pela lei.

E assim, a colegialidade como exigência abstracta decorre de uma gravidade fixada de modo abstracto, o que é uma garantia no que respeita à vertente do juiz natural [artigo 32.º, n.º 9 da Constituição] naquele sentido segundo o qual o tribunal incumbido do caso não decorre de

como tendo sido o autor da ideia que verteu num estudo intitulado *Uma Leitura do Relatório de avaliação dos Recursos*, publicado na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, página 283.

⁴ A lei previu dois requisitos complementares: **(i)** a decisão conhecer a final o objecto do processo, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 97.º do Código de Processo Penal [alínea a)] e **(ii)** não ter sido requerida a realização de audiência e não seja necessário proceder à renovação da prova, nos termos do artigo 430.º, todos do Código de Processo Penal [alínea b)], como o sublinhou o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.05.2021. Este último requisito foi sujeito a exame de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, o qual, por acórdão n.º 163/2011, de 24.03.2011, decidiu a conformidade deste último requisito com a Lei Fundamental.

O Supremo Tribunal de Justiça já definiu [Acórdão de 15.12.2021] que «não é admissível reclamação para a conferência de decisão tomada em acórdão que julga o recurso em conferência e indefere a pretensão de julgamento em audiência»

⁵ Assim o definiu o Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão proferido a 31.10.2019, no qual se considerou: ‘O uso da expressão “reclamação” para designar esse pedido de reapreciação da decisão sumária é, crê-se, desadequado e tem origem numa escusada reminiscência da que foi a orientação processual civil dominante, a coberto da influência de José Alberto dos Reis, de para com uma outra que advém da perfusão do regime de recursos do processo civil no regime de recursos do processo penal, na vigência do CPP 1929, hoje claramente posta de lado».

uma escolha casuística, mas sim de critérios abstractos prévios ao conhecimento do mesmo.

Sucedeu que o Código de Processo Penal conhece uma séria excepção a este princípio, decorrente do estatuído no seu artigo 16.º, n.º 3 segundo o qual, na redacção actual⁶:

«3 - Compete ainda ao tribunal singular julgar os processos por crimes previstos na alínea b) do n.º 2 do artigo 14.º, mesmo em caso de concurso de infracções, quando o Ministério Público, na acusação, ou, em requerimento, quando seja superveniente o conhecimento do concurso, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos»

O preceito em causa foi objecto de um reiterado exame pelo Tribunal Constitucional, o qual manteve a conformidade do mesmo com vários preceitos da Lei Fundamental⁷.

⁶ A redacção originária previa um limite dosimétrico inferior, com o limite de três anos, sendo esta a fórmula do preceito: «2- Compete ainda ao tribunal singular julgar os processos por crimes previstos no artigo 14.º, n.º 2, mesmo em caso de concurso de infracções, quando o Ministério Público, na acusação, ou em requerimento, quando for superveniente o conhecimento do concurso, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a três anos ou medida de segurança de internamento por mais do que esse tempo.» Por via da Lei n.º 317/95, de 28 de Novembro, tal limite de pena abstracta foi elevado para cinco anos, tendo o preceito ficado com a redacção que se mantém.

⁷ Elucidativo o Acórdão n.º 341/93, o qual citava, a título exemplificativo e num estilo de fastídio, o que era a posição daquele Tribunal Constitucional sobre a matéria.

«4.- A questão da compatibilidade constitucional da norma ínsita no n.º 3 do artigo 16.º do vigente Código de Processo Penal tem sido objecto de profusa análise por banda deste Tribunal, tendo este órgão de administração de justiça, a tal propósito, lavrado inúmeros arestos nos quais sempre tem concluído (embora, em alguns, com votos discordantes) por que tal norma não viola qualquer norma ou princípio constantes da Lei Fundamental.

«Neste sentido, e a título exemplificativo, citem-se os Acórdãos números 393/89 (Diário da República, 2.ª Série, de 14-SET-89), 435/89 (idem, idem, de 21-SET-89), 455/89, 465/89 (idem, idem de 30-JAN-90), 466/89, 467/89, 41/90, 43/90, 44/90 (idem, idem, de 4-JUL-90), 48/90 (idem, idem de 11-JUL-90), 95/90, 96/90, 97/90, 100/90, 101/90, 102/90, 137/90 (idem, idem, de 7-SET-90), 140/90, 142/90, 143/90 (idem, idem, de 7-SET-90), 145/90, 147/90, 164/90, 165/90, 166/90, 167/90, 168/90, 178/90, 183/90, 195/90, 197/90, 206/90, 208/90, 217/90, 218/90, 219/90, 220/90, 226/90, 252/90, 269/90, 276/90, 282/90, 291/90, 293/90, 296/90, 297/90, 301/90, 319/90, 320/90, 326/90, 327/90, 328/90, 335/90, 5/91, 9/91, 11/91, 24/91, 28/91, 31/91, 35/91, 41/91, 43/91, 45/91, 46/91, 47/91, 50/91, 78/91, 79/91, 169/91, 170/91, 171/91, 212/91,

Até por ter feito parte da comissão de que saiu o projecto do Código de Processo Penal, não posso acompanhar este regime pelo qual o tribunal colectivo que seria naturalmente competente vê tal competência ser-lhe subtraída por decisão do Ministério Público, sucedendo que o tribunal singular que o Ministério entender ser competente não pode obstar a ter de o aceitar e, eis o ponto que tenho por crucial, não pode aplicar pena superior àquela que o Ministério Público afinal determina⁸.

214/91, 281/91, 300/91, 301/91, 302/91, 303/91, 304/91, 305/91, 306/91, 307/91, 308/91, 309/91, 310/91, 311/91, 312/91, 313/91, 314/91, 385/91, 436/91, 455/91, 456/91, 27/92 e exposição prévia do Relator, 216/92, 295/92, 339/92 e 291/93 (estes ainda inéditos).

«5.- Nesses acórdãos tem sido defendido que a norma em apreciação não viola, designadamente, os princípios da «reserva de juiz», da «legalidade penal», da «legalidade da acção penal», da «igualdade», do «juiz natural», das «garantias de defesa em processo criminal» e da «estrutura acusatória do processo penal», não violando, ainda, as funções cometidas pela Constituição da República ao Ministério Público.

«6.- Dada a exemplificação acima efectuada, seria fastidioso estarem aqui a retomar-se os considerandos e toda a argumentação aduzida por este Tribunal e que conduziu às decisões constantes dos aludidos acórdãos, pelo que, neste particular, apenas se remete para aquilo se neles se contém.

«7.- Acrescentar-se-á, por último, que não se vislumbra que a norma em crise, de idêntico modo, colida com a alínea c) do n.º 1 do artigo 168.º da Constituição. Na verdade, o Ministério Público, ao recorrer àquela norma, obviamente não define qualquer infracção ou pena concreta a cominar e, logo, não legisla na matéria. Antes, e pelo contrário, ao efectuar esse recurso, está a actuar funcionalmente de acordo com um comando que lhe é imposto pela lei, após a ponderação do circunstancialismo rodeador da infracção.»

⁸ A solução já não passou para a Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro, que concedeu ao Governo autorização para aprovar o novo Código de Processo Penal, na qual se previu expressamente que o novo diploma a aprovar consagraria a: «58) Possibilidade de fazer julgar pelo tribunal singular certos tipos legais de crimes cuja pena máxima abstractamente aplicável for superior a três anos de prisão mas em que a apreensão da prova não ofereça grande dificuldade, bem como os crimes que não sejam, na óptica do Ministério Público, passíveis em concreto de pena de prisão ou medida de segurança de duração superior a três anos»

Ou seja, como determina o n.º 4 do artigo 16.º:

«4 - No caso previsto no número anterior, o tribunal não pode aplicar pena de prisão superior a 5 anos.»

É assim uma delimitação do poder judicial numa matéria de natureza intrinsecamente jurisdicional⁹, o que deveria vedar esta solução, até por não ter sido prevista, nem ter vingado a necessidade de um acordo do arguido e do assistente para tal solução.

Acompanho, pois, o entendimento do Conselheiro Emérito do Supremo Tribunal de Justiça Henriques Gaspar quando afirma¹⁰ que:

«A posição do Ministério Público poderá ser, porém, sujeita à verificação do juiz no que respeitar, não à aplicação de critérios de discricionariedade vinculada, mas à legalidade processual»

E acompanho igualmente Paulo Pinto de Albuquerque, quando em anotação ao preceito em apreço, elenca os casos em que esse controlo judicial pode ter lugar, nomeadamente por violação dos pressupostos desse normativo.

⁹ Que se trata de limitação resulta claro da lei e está expresso em arestos como o da Relação de Lisboa de 12.05.2005 [publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, XXX, tomo 3, página 125] segundo o qual «nos casos em que o MP, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 16.º do CPP, manifeste o entendimento de que não deve ser aplicada ao arguido, mesmo no caso de concurso de infracções, pena superior a 5 anos, o Juiz do tribunal singular, no despacho a que se refere o artigo 311.º do CPP, não pode exprimir entendimento diferente e, consequentemente, atribuir ao tribunal colectivo, a competência para o julgamento».

¹⁰ Nota ao artigo 16.º do *Código de Processo Penal Comentado*. Teria sido interessante o desenvolvimento desta diferença de valoração entre a insindicabilidade de um princípio de oportunidade que a lei concedeu aqui ao Ministério Público e a aferição da legalidade estrita que ao juiz de exige.

A COLEGIALIDADE ENQUANTO MODO DE FUNCIONAMENTO

Se o tema da colegialidade já é relevante enquanto número mínimo, ele ganha intervenção quanto ao modo de funcionamento do colégio, pois, como vimos, releva

- a - não apenas o modo procedimental de intervenção:
 - i - se simultânea ou meramente sucessiva
 - ii - se com pleno conhecimento dos autos ou apenas com conhecimento imediato ao que tenha sido já um projecto elaborado por quem tenha sido designado como relator, e meramente eventual à totalidade do processo
- b - mas também o modo de efectivar essa intervenção:
 - i - com pleno conhecimento da matéria em causa
 - ii - com total empenhamento na discussão que se forma em torno dos tópicos relevantes e não mera adesão a um projecto que funcione como juízo apriorístico a balizar os termos do tema.

A COLEGIALIDADE COMO PROBLEMA LEGISLATIVO

A colegialidade conheceu no Código de Processo Penal de 1987 uma excepção com a introdução subsequente da denominada decisão sumária.

Na primitiva redacção daquele diploma, entrado o processo no tribunal de recurso, o relator elaborava projecto de acórdão, o qual era submetido a decisão da conferência, caso não houvesse lugar a julgamento, possibilidade que desde 2007, alterando-se significativamente o sistema, se tornou excepção¹¹.

É conhecida a evolução legislativa deste tema e que se prende com a composição do tribunal de recurso funcionando em conferência, ou seja o estatuído no artigo 419.º do Código de Processo Penal, em articulação com o seu artigo 417.º, este relativo ao exame preliminar dos autos pelo relator a quem cabia a decisão quanto ao recurso ser julgado em conferência ou haver nesta qualquer questão a decidir.

¹¹ Esta excepcionalidade está expressa no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.12.2022.

Na redacção originária [Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro] do Código previa-se que:

Artigo 419.º

Conferência

1 – Na conferência intervêm o presidente da secção, o relator e dois juízes-adjuntos.

2 – A discussão é dirigida pelo presidente, que desempata quando não puder formar-se maioria.

Segundo este sistema:

- a - na conferência intervinham quatro juízes [n.º. 1], ou seja, o presidente da secção, o relator e dois juízes-adjuntos
- b - o presidente dirigia a discussão, votava e detinha voto de qualidade, porquanto, como se expressava o Código, o presidente «desempata quando não puder formar-se maioria» [n.º 2]

Consagrava-se assim um modelo com uma dupla faceta **(i)** um colégio alargado de juízes [4] e **(ii)** um presidente interveniente, porquanto, não só dirigia a discussão, como votava e desempatava.

Este regime manter-se-ia até que a Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto [que entrou em vigor a 01.01.1999¹², viria a consagrar uma outra solução, pela qual:

Artigo 419.º

Conferência

1 – Na conferência intervêm o presidente da secção, o relator e dois juízes-adjuntos.

2 – A discussão é dirigida pelo presidente, que, porém, só vota, para desempatar, quando não puder formar-se maioria com os votos do relator e dos juízes-adjuntos.

¹² A referida Lei foi oriunda da proposta de Lei n.º 157/VII-3, a qual pode, em registo electrónico ser consultada no portal do Parlamento: [<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=4699>], fruto do trabalho de uma comissão incumbida pelo ministro da Justiça de redigir um projecto de alteração significativa ao Código de Processo Penal, presidida pelo Professor GERMANO MARQUES DA SILVA.

Face a este sistema:

- a** - mantinha-se a intervenção de quatro juízes, um dos quais o presidente da secção, que dirigia a discussão, o relator e dois juízes adjuntos
- b** - mas consagrava-se um modelo de presidente que «só» intervinha a votar caso não se formasse maioria com os votos do relator e dos juízes adjuntos.

Tratou-se, pois, de manter a ampla colegialidade, mas em que o vocábulo «só vota» dispensava o presidente de entrar necessariamente no conhecimento da substância do caso em discussão, porquanto, como decorre da fórmula legal, a sua intervenção a votar era excepcional e apenas ocorria quando fosse necessário convocar-se o seu envolvimento para se obter a almejada maioria.

É sabido que tal vocábulo «só» – título de um poema do poeta decadentista António Nobre, escrito durante a sua estadia em Paris, depois de duas reprovações em Direito na Universidade de Coimbra - resultou de uma proposta do Conselho Superior da Magistratura como contributo para a referida Proposta de Lei 157/VII que o Governo submettera à Assembleia da República.

Seria a Lei 48/2007, de 29 de Agosto [que entrou em vigor a 15.09.2007 e com rectificação n.º 105/2007, de 09 de Novembro], saída de um processo legislativo complexo em que emergiu, como iniciativa preponderante a Proposta de Lei n.º 109/X-2], a qual introduziria uma severa restrição ao sistema, alterando significativamente a composição do tribunal de recurso, porquanto:

Artigo 419.º

Conferência

1 - Na conferência intervêm o presidente da secção, o relator e um juiz-adjunto.

2 - A discussão é dirigida pelo presidente, que, porém, só vota, para desempatar, quando não puder formar-se maioria com os votos do relator e do juiz-adjunto.

Ou seja, ante esta reformulação da norma legal:

- a** - reduziu-se agora o número de juízes intervenientes de quatro para três, o presidente da secção, o relator e um juiz adjunto, o que se propagava aos casos em que o caso era julgado em re-

curso, mas mediante audiência [isto por força do artigo 429.º do CPP]

- b -** manteve-se como competência do presidente a direcção da discussão, bem como, com o apoio no vocábulo “só”, o carácter facultativo do voto do presidente, com uma diferença: é que agora, com um colégio de 3 juízes, tratava-se de o presidente decidir uma divergência entre o relator e o juiz-adjunto, porquanto, a estarem em concerto, firmava-se decisão com os seus dois votos.

Tratava-se de uma solução inaceitável. Os Conselheiros Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, tiveram ocasião de o exprimir na 9.ª Secção da sua monografia dedicada aos recursos penais¹³, com a gentileza de me citar como autor de uma crítica ao modelo que ele também censurava, com este desenvolvimento:

«A Constituição do consagrar o direito ao recurso recebeu os tribunais superiores na sua tradição de tribunais colegiais, sucedendo que a conferência com dois membros (relator e adjunto) não é colegial, toda a vez que o primeiro número primo que traduz a colegialidade é o número 3, o que suscita sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da mudança, sendo certo que a nosso ver, a actual composição é totalmente inadequada do ponto de vista da composição, pois que o número dois, não sendo colegial, impede uma fecunda discussão e que tem levado a grandes dificuldades e diminuído a profundidade de análise, discussão e qualidade de fundamentação, que a imprensa nos tem trazido com frequência»¹⁴.

Tive efectivamente a oportunidade de expender, ainda de que forma irónica, o meu pensamento a propósito do tema numa intervenção oral

¹³ *Recursos Penais*, 9.ª edição, 2020.

¹⁴ E prosseguem os citados autores, reportando-se à solução introduzida em 2007: «Depois, o relevo dado à figura do presidente da secção, viola, a nosso ver, o estatuto constitucional da igualdade dos juízes, pois aquele passa a ser um *primus inter pares*, não consentido constitucionalmente»

que, revista, seria levada a livro, num encontro dedicado a ponderar a equação entre as garantias e a eficácia do sistema de recursos¹⁵.

«Na sua lógica de aparências, esconde-se um sistema pelo qual se instiga quem não vota a não participar na discussão; basta o presidente estar informado de que o relator e outro estão de acordo, para quê querer saber do sentido do decidido se o seu voto é irrelevante? Chamar-lhe presidente é irónico, quanto melhor se lhe chamaria secundante».

Aquele entendimento quanto à composição da conferência e função do respectivo presidente seria acolhido ante o estatuído pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 2010.

O tema colocado em recurso era na aparência formal, o número de assinaturas que se evidenciavam no aresto da Relação sob recurso, duas apenas, como decorre deste excerto:

«IX – Segundo o artigo 419.º, n.º 1, do CPP, na conferência inter-vém o presidente da secção, o relator e um juiz-adjunto; e o n.º 2 esclarece que a discussão é dirigida pelo presidente, que, porém, só vota, para desempatar, quando não puder formar-se maioria com os votos do relator e do juiz-adjunto.

X – No caso sujeito, em que o acórdão recorrido se encontra assinado por dois Juízes Desembargadores, não se verifica qualquer falta do número de juízes. Interveio quem tinha que intervir e assinou quem devia assinar, não o fazendo o Presidente por desnecessário»¹⁶.

Sucedo, porém, que, entrando na substância do problema subjacente, o Supremo tornou claro que essa ausência de assinatura decorria de uma

¹⁵ *A Reforma do Sistema Penal de 2007, garantias e eficácia*, 2008

¹⁶ No mesmo sentido decidiu o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Novembro de 2011 [processo n.º 9/07.3MAPNI.L1.S1]: «o presidente da secção só vota a decisão e, portanto, só tem de assinar o acórdão tirado em conferência, quando entre o relator e o adjunto não puder formar-se maioria», o qual acrescentou, vistas as circunstâncias do caso e no que respeita ao sentido da assinatura de um dos adjuntos: «a jurisprudência atribui à expressão “voto a decisão”, o sentido de que o adjunto, embora concorde com o sentido da decisão, entende que dever-se-ia chegar a tal solução através de uma outra argumentação».

circunstância substancial, a da não intervenção do presidente e foi isso que assim consignou:

«XI – Havendo maioria, formada com os votos do relator e do adjunto, o que conduza à dispensa de voto do presidente, que só vota para desempatar, não há necessidade de intervenção do presidente na decisão, havendo dispensa de assinatura, assim se cumprindo o n.º 3 do artigo 374.º do CPP, é assinando os membros do tribunal, que no caso formaram maioria.»

E desta forma, regressando ao tema das assinaturas, tornou-se claro ante esta orientação que:

«XII – A assinatura do presidente nestes casos constará apenas da acta, a certificar a regularidade da tramitação e do julgamento em conferência a que presidiu, não se verificando, pois, qualquer nulidade.»

Um tal novo modelo encontrou, porém, como seu dano acessório, uma dificuldade, a da não actualização, em conformidade, do artigo 440.º, n.º 4 do CPP, relativo aos recursos de fixação de jurisprudência, o qual teve de ser sujeito a uma interpretação correctiva pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Janeiro de 2017, segundo o qual:

«I – Face a uma imperfeita alteração legislativa operada pela Lei 48/2007, há uma discrepância notória entre o artigo 440.º, n.º 4, do CPP, que prevê que o processo vá com vistos ao presidente e aos adjuntos que seriam os dois adjuntos que intervinham na conferência na versão anterior à aludida lei – e os artigos 441.º, n.º 3 e 419.º, n.º 1, ambos do CPP, dos quais decorre que a conferência é composta pelo presidente, o relator e um adjunto e isto por não ter sido revisto o artigo 440.º, n.º 4, em conformidade com a modificação verificada no artigo 419.º, n.º 1.

II – Deve fazer-se uma interpretação correctiva do artigo 440.º, n.º 4, em função da referida modificação verificada no artigo 419.º, n.º 1, no sentido de que, efectuado o exame preliminar pelo relator, o processo é remetido com o projecto de acórdão a vistos do presidente e de um juiz adjunto.»

Entrado a vigorar, não foi pacífica a sua aceitação. É disso eco o comentário do Conselheiro António Pereira Madeira ao artigo 419.¹⁷ quando escreve:

«O presidente tem, agora, uma interferência mais intensa, já que, como se intui, são estatisticamente mais frequentes os casos de empate, quando o tribunal funcione com menos um elemento. Porventura não se terá lucrado em matéria de ponderação das decisões já que, perdendo-se o contributo de uma unidade de reflexão, será em vão pretender que uma maior intervenção do presidente suprirá infalivelmente essa redução, pois, como facilmente se entenderá, o presidente, para além das competências próprias já alargadas (cfr. artigo 11.º, n.º 6.a), terá a sua atenção muito mais dispersa, por necessidade de estudo prévio mais aprofundado de todos os projectos, pois em todos os julgamentos intervém (incluindo os de audiência), em primeira ou segunda chamada respectivamente.»

Esta opção legislativa viria a sofrer um esboço de viragem com a Lei n.º 94/2021, de 21 de Fevereiro [que entrou em vigor a 21.03.2022] dita de combate à corrupção, pela qual – sem que perceba o nexó disso com o proclamado propósito de combate – se determinou que:

- a -** se mantinha o sistema dos três juízes, um dos quais o presidente da secção, outro o relator e mais um juiz adjunto
- b -** mas se revogou o n.º 2 do artigo 418.º e assim, onde estava que «a discussão é dirigida pelo presidente, o qual, porém, só vota para desempatar, quando não puder formar-se maioria com os votos do relator e do juiz adjunto» ficou o vazio quanto à norma específica que disciplinava quem dirigia a discussão e como se dilucidava um empate.

Ou seja, tendo o legislador querido traduzir a noção de que pretendia agora consagrar uma “colegialidade necessária” pela qual, «quando julgado em conferência, o recurso seja também, como em audiência, julgado por três magistrados judiciais», deixou em aberto, por omissão, o que é trave-mestra do sistema, a efectiva intervenção do terceiro elemento, aquele a quem cabe dirigir a discussão, o presidente.

Esta alteração decorreu de uma iniciativa legislativa apresentada pelo grupo parlamentar do PSD [o Projecto de Lei n.º 876/XIV] que curiosa-

¹⁷ *Código de Processo Penal Comentado*, segunda edição de 2016.

mente não mereceu, na altura, que eu saiba, qualquer reparo do Conselho Superior da Magistratura quanto a esta alteração, pois sobre isso é omissa longo parecer que esta entidade emitiu e comunicou ao Parlamento a 05.08.2021.

Convertida em lei, surgiram então críticas ao sistema no quadro de um coro de reparos quanto a inúmeras outras previsões da mesma lei, nomeadamente o então popularizado artigo 40.º do Código, relativo aos impedimentos de juízes.

Ante isso, a nova titular da pasta da Justiça submeteu ao Parlamento a Proposta de lei n.º 3/XV-1¹⁸ a qual propôs «a repriminção dos n.ºs 1 e 2 do artigo 419.º do Código de Processo Penal na redacção anterior à Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, passando a fazer parte da conferência dois juízes adjuntos», ficando assim o sistema:

- a - na conferência intervêm o presidente da secção, o relator e dois juízes adjuntos
- b - mantendo embora o poder de direcção da discussão, o presidente «só vota, para desempatar, quando não puder formar-se maioria com os votos do relator e dos juízes-adjuntos».

Ou seja, o que se propunha era um equilíbrio **(i)** a favor, por um lado, da colegialidade ampla [4 juízes] que fora quebrada em 2007, mas **(ii)** a recuperação da intervenção excepcional do juiz-presidente confiando-se-lhe a intervenção dispensável quanto à formação do sentido do decidido.

Tratava-se, afinal, de dar força de lei a uma proposta do Conselho Superior da Magistratura, aprovada no seu plenário, como consta da acta respectiva.

E é este o sistema que se encontra em vigor.

¹⁸ Publicada no *Diário da República*, II-A, de 12.04.2022, a qual mereceu pareceres do Conselho Superior da Magistratura, da Ordem dos Advogados e do Conselho Superior do Ministério Público. A iniciativa legislativa está no portal do Parlamento, podendo ser encontrada, em registo electrónico, [<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleDiplomaAprovado.aspx?BID=33481>].

AVALIAÇÃO DO SISTEMA

São estes, na minha perspectiva, os parâmetros ante os quais se move a problemática da composição e modo de funcionamento dos colectivos nos tribunais superiores.

- a – consagrar-se um sistema que releve o papel do presidente da secção, na direcção da discussão do tema recorrido, com intervenção na mesma
- b – definir-se um regime que tenha praticabilidade funcional
- c – dar-se vigência a um modelo do qual resulte o melhor efeito para a uniformidade e qualidade da jurisprudência e sobretudo para um aprofundado conhecimento do tema sujeito a recurso, fruto da concentração de três perspectivas, numa lógica colegial, através da dialética de uma discussão que se considere digna desse nome.

É conhecida a tese a favor da retração do presidente da secção, sendo disso lídima expressão as palavras do Conselheiro Simas Santos quando, ante a proposta de lei que viria a dar origem à reforma de 2007, já afirmou, numa lógica em que fazia triunfar um critério pragmático:

«[...] esta intervenção sistemática do presidente merece-nos bastantes reservas, podendo mesmo mostrar-se de praticabilidade duvidosa.

Na verdade, o presidente que só dirigia a discussão e votava para desempatar em audiência no STJ, passa a votar sempre nas audiências e a desempatar nas conferências, nas Relações e no Supremo, o que pode significar que em cada sessão semanal, poderá ter que intervir em mais de duas dezenas de acórdãos. É excessivo, eventualmente inoportuno, mesmo sem pensar que já tem novas funções atribuídas por esta Revisão: decidir conflitos.»

Mas, segundo o argumento do mesmo autor, um tal sistema, afinal o de apagamento da liderança, numa lógica niveladora, podia pôr em causa a qualidade da própria jurisprudência, porquanto poderia:

«[...] conduzir a um afrouxamento do sentido da própria jurisprudência, que, pela composição e sucessivas formações dos colectivos dos tribunais superiores, postulava uma intervenção equilibrada de todos os juizes, sem supremacia de nenhum deles.»

Ao contrário, valorizando um modelo pelo qual o presidente tenha um papel mais interveniente, o falecido Conselheiro Maia Gonçalves já lhe apontava a vantagem subjacente, ao acentuar esta faceta do mesmo, ele que fez parte da Comissão de que emergiu o Código de Processo Penal de 1987:

«Uma vez que o presidente da secção intervém em todas as conferências dos processos que pela secção correm, isso certamente contribuirá para uma desejável uniformidade nas deliberações, tanto mais que tem voto de desempate»

Mas, enfim, talvez a observação que mais captou a minha atenção foi a do Desembargador António Latas¹⁹ a propósito da composição do Tribunal da Relação em sede de Mandado Europeu e Detenção, quando, em conspecto geral, regista que o legislador relativamente a essa discussão plural em conferência não estabeleceu:

«formas vinculadas de discussão e deliberação»

e assim, afirmo eu, terá gerado, afinal, por esta omissão, uma zona de indeterminação relativamente ao que sejam os poderes de direcção do presidente da secção.

É de ambiguidade por indeterminação aquilo que o referido magistrado coloca em causa no seu estudo quando neste discreto inciso a propósito do conteúdo normativo desse poder de direcção, afirma:

«o que quer que seja que a lei pretende significar».

Mas, mais, é que se a intervenção do presidente da secção se pauta entre a indeterminação e a desnecessidade para a formação do sentido do decidido, havendo consenso entre o relator e o adjunto ou, num modelo de colégio de quatro, havendo maioria que forme no congresso dos outros três que ele não tenha de desempatar, já este mesmo artigo, num outro registo, chamou a minha atenção quando alude à circunstância de a discussão entre o relator e o adjunto se poder fazer através dos «modernos meios de comunicação».

É que, se por esses «meios modernos» se significar uma discussão com a presença em linha telemática de todos, e assim um diálogo dirigido pelo presidente, em regime de simultaneidade de presenças, tratar-se-á apenas de garantir, no mundo virtual, um sucedâneo do mundo real.

¹⁹ Revista *Julgar* [versão *on line*] de Setembro de 2018.

Mas, se tal pretender que haja, como discussão, uma troca de mensagens sucessivas e diferidas entre dois, o relator e o seu adjunto, já estaremos a regressar ao velho sistema das tenções ^[20]com c] que o próprio regista, rememorando-o da escrita do professor Alberto dos Reis:

«Entre o julgamento por tenções e o julgamento em conferência há a seguinte diferença: no primeiro cada juiz escreve no processo o seu voto individual, com a declaração especificada dos fundamentos; no segundo o que aparece é a decisão coletiva tomada em conferência.» – cfr Organização Judicial. Lições ao curso do 4.º ano jurídico de 1908 a 1909, Coimbra – 1909, ed. do autor, pp. 210 e 211

Ou seja, estaremos então no pior dos mundos possíveis: nem presidente interveniente, nem real discussão entre os demais participantes.

Que tal é passível de reflexão sobre o que isto significa em termos de reexame efectivo do tema em recurso, creio não oferecer dúvida e remeto-me às palavras de iniciais do Conselheiro Emérito Henrique Gaspar com que iniciei este breve ensaio.

Mas tal ponderação tornou-se-me absolutamente imperativa quando, ante as palavras do Conselheiro Belo Morgado, difundidas numa rede profissional, me foi oferecido este panorama, trazido à luz do dia precisamente a propósito da lei de cuja mudança ora se trata:

«Para reforçar a colegialidade no julgamento dos recursos, uma recente alteração ao Código de Processo Penal determinou que os Presidentes das secções criminais passassem, nos tribunais

²⁰ Era este o sistema previsto nos artigos 1068.º a 1066.º Código de Processo Civil de 1876, aplicável às apelações e quando o juiz do tribunal de recurso entendesse «que o processo não está nos termos de ser julgado a final, por falta de acto ou diligência a que deva proceder-se, não tencionará, e levá-lo-á à conferência para com os juizes seguintes se decidir em acórdão, por três votos conformes, o que for de justiça» [artigo 1058.º, § 2.º]. Podendo efectuar-se diligências «o juiz relator, depois de satisfeitas as diligências que forem necessárias, escreverá no processo a sua tenção, e passá-lo-á ao juiz seguinte, e deste ao imediato» [artigo 1059.º, corpo].

superiores, a intervir na decisão (até agora apenas participavam dois juízes).

Dizem alguns que desta forma o Presidente da secção terá demasiado trabalho, o que nos remete para um problema que há muito se sente nalguns tribunais da Relação.

O Presidente da secção é eleito pelos juízes que a compõem. Em regra, são eleitos para o cargo juízes de “mão cheia”, mas por vezes nem tanto. Já tem acontecido serem eleitos juízes com o serviço bem atrasado, precisamente para os libertar do encargo de relatar acórdãos; e noutros casos é eleito o mais antigo e já demasiado cansado.>>

Francamente, permitam, gostaria de não ter sabido que isto, enquanto revelação de vida interna, é assim.

Enfim, valha, para nos animar, a segunda parte do constatado pelo próprio:

<<Trabalhei com grandes Presidentes de Secção, que sempre dirigiram ativamente os trabalhos e denotavam pleno conhecimento de todos os processos. Não creio que tivessem a menor dificuldade em intervir no respetivo julgamento, nos termos agora consignados na lei.

Independente da maior ou menor vocação e preparação para exercer esta função, admito que nalguns casos as secções tenham demasiados juízes e que, por isso, o acréscimo de serviço decorrente do novo regime possa considerar-se objetivamente excessivo para o Presidente.

Nestas situações a solução passará, por exemplo, por proceder ao desdobramento das secções.

Há, naturalmente, uma alternativa possível e razoável ao novo regime: os presidentes das secções criminais passariam a relatar acórdãos (à semelhança do que acontece nas secções cíveis e sociais), sendo o coletivo constituído pelo relator e dois adjuntos.>>

Há, porém, mais, agora no plano das disfunções do sistema: é que já houve publicidade quanto a um caso em que se deu conta de um controverso acórdão subscrito por quem, para se distanciar de epítetos e qualificativos que constavam do mesmo, entendeu razoável proclamar que o firmara sem ler.

A ser assim, teremos então envolvido de um colectivo de **quatro** para um colectivo de **três**, de um colectivo de três para um colectivo de **dois** e de um colectivo de dois para **um** juiz singular.

Se isto corresponde às exigências de um Estado de Direito, a consciência jurídica de cada um o dirá.

Resta, enfim, o problema da simultaneidade/sucessividade.

O que acima ficou dito já exprime o tema e a perspectiva que sob ele formo: só a simultaneidade da discussão e votação presencial garantem, pelo contraste de perspectivas, sobre matéria factual ou jurídica, um aprofundamento de ideias e uma decisão mais rigorosa; a intervenção sucessiva, a partir de um projecto que já baliza o tema, delimitando-o num certo enfoque, sendo apto a sugerir, limita a formação de uma perspectiva própria, a qual poderia trazer um conteúdo inovador e enriquecedor.

Um modelo pelo qual a simultaneidade seja alcançável, é aquele outro pelo qual os intervenientes no colégio decisório tenham uma primeira discussão sobre a matéria em debate, antes de aquele que esteja incumbido da função de relator redija o que seja o fruto do entendimento alcançado. Isto é diferente de o relator submeter aos demais a ideia e a sua fundamentação para que estes sobre isso se pronunciem, e votem de conformidade ou como vencidos²¹, numa avaliação já condicionada pelo *a priori*.

Dir-se-á, como crítica a esta sugestão, que as exigências da pragmática impedem que assim seja. A minha questão é saber se as exigências da justiça não exigirão que assim tenha de ser.

É que, cotejado o artigo 365.º do Código de Processo Penal, o qual prevê o modo de funcionamento do colectivo, de juizes ou jurados, incumbido do julgamento, verifica-se, que está em vigor, inalterado

²¹ Interessante, aliás, a formulação do artigo 35.º do Código de Procedimento Administrativo [Lei n.º 472015, de 7 de Janeiro], quando estatui esta vertente desresponsabilizadora do voto de vencido:

1- Os membros do órgão colegial podem fazer constar da ata o seu voto de vencido, enunciando as razões que o justifiquem.

2- Aqueles que ficarem vencidos na deliberação tomada e fizerem registo da respetiva declaração de voto na ata ficam isentos da responsabilidade que daquela eventualmente resulte.

3- Quando se trate de pareceres a dar a outros órgãos administrativos, as deliberações são sempre acompanhadas das declarações de voto apresentadas.

desde o início da vigência do diploma, um modelo diferenciado e sobre cuja exequibilidade não encontrei reparo e cujas disfunções só poderão ser as que a prática possibilite²²:

<<1 - Salvo em caso de absoluta impossibilidade, declarada em despacho, a deliberação segue-se ao encerramento da discussão.

2 - Na deliberação participam todos os juízes e jurados que constituem o tribunal, sob a direcção do presidente.

3 - Cada juiz e cada jurado enunciam as razões da sua opinião, indicando, sempre que possível, os meios de prova que serviram para formar a sua convicção, e votam sobre cada uma das questões, independentemente do sentido do voto que tenham expresso sobre outras. Não é admissível a abstenção.

4 - O presidente recolhe os votos, começando pelo juiz com menor antiguidade de serviço, e vota em último lugar. No tribunal do júri votam primeiro os jurados, por ordem crescente de idade.

5 - As deliberações são tomadas por maioria simples de votos.>>

E, note-se, que não se trata do problema da sucessividade dos vistos que o artigo 418.º do Código de Processo Penal prevê por esta forma:

<<1 - Concluído o exame preliminar, o processo, acompanhado do projecto de acórdão se for caso disso, vai a visto do presidente e dos juízes-adjuntos e depois à conferência, na primeira sessão que tiver lugar.

2 - Sempre que a natureza do processo e a disponibilidade de meios técnicos o permitirem, são tiradas cópias para que os vistos sejam efectuados simultaneamente.>>

É que quanto a esta situação, admito o que o Conselheiro Pereira Madeira, na sua anotação a este preceito refere como sendo a realidade:

<<A prática judiciária já há muito ultrapassou em eficiência e celeridade a tradição aqui consagrada na lei. Em geral, os projectos,

²² O que foi compreendido pelo Acórdão da Relação do Porto de 28.11.2007: «Quando o recurso é julgado em audiência, o presidente da Secção, além de dirigir a discussão, como nas conferências, intervém sempre na deliberação e na subsequente votação e assina o acórdão».

com muito mais rapidez, são dados a conhecer aos membros do colectivo por via informática, o que naturalmente encurta prazos e diminui tarefas burocráticas».

O que está em causa é o momento prévio a esta circularização do projecto, a circunstância de este ser elaborado sem antecedente formação de consenso quanto ao teor do que nele é vertido e fundamentado: é que, a ser como refiro, não só se ganharia, pela intensificação da participação, maior profundidade no decidido, como se evitaria que o dissenso, a surgir, só ocorresse ante um texto já minutado não só quanto ao sentido da decisão mas quanto à extensa descrição do que o legitima.



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

CÍVEL

SOCIAL

CRIMINAL

CULTURAL

JURISPRUDÊNCIA

Digitalização, Automação, e Inteligência Artificial nos Tribunais Judiciais Portugueses

ANDREIA MARTINHO

Investigadora principal

SUMÁRIO: Neste breve relatório são apresentados parte dos dados recolhidos no âmbito de estudo empírico sobre a Digitalização, Automação e Inteligência Artificial nos Tribunais Judiciais Portugueses.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial, Justiça, Juízes, Tribunais Judiciais

ABSTRACT: This short report presents part of the data collected within the context of an empirical study on Digitization, Automation and Artificial Intelligence in the Portuguese Judicial Courts.

KEYWORDS: Artificial Intelligence, Justice, Judges, Judicial Courts

1. INTRODUÇÃO

A implementação de tecnologias de Digitalização, Automação e Inteligência Artificial na Justiça apresenta um grande potencial para melhorar o acesso aos tribunais, a celeridade dos processos judiciais e a justeza das decisões judiciais.

Estas tecnologias operam em três níveis distintos: (i) suporte, (ii) substituição, e (iii) disrupção. Ao nível mais básico (suporte), visam apoiar os profissionais da Justiça em tarefas relacionadas com a gestão documental, pesquisa jurídica, ou redação de documentos jurídicos. No nível intermédio (substituição), estas tecnologias assumem parte das funções relacionadas com a gestão do tribunal (por exemplo, triagem

e marcação de presenças), gestão do processo judicial (por exemplo, automação de análise preliminar dos articulados), ou até mesmo a resolução de disputas de baixa complexidade. Ao nível mais avançado (disrupção), que ora se situa no plano especulativo, estas tecnologias podem eventualmente levar a novas formas de Justiça, que assentem por exemplo, num maior policiamento preditivo.

Não obstante o potencial destas tecnologias, existem também desafios de natureza técnica (ex. escassez de dados estruturados), jurídica (ex. compatibilidade da automação com os valores de Justiça) e ética (ex. transparência dos algoritmos) inerentes à sua implementação na Justiça. É assim essencial promover uma inovação tecnológica que seja inclusiva, transparente e responsável. Neste contexto de inovação, as comunidades Jurídicas e Tecnológicas devem trabalhar em conjunto por forma a identificar, debater e investigar soluções para os desafios associados às novas tecnologias.

Este estudo visa contribuir para a inovação tecnológica inclusiva, transparente e responsável na Justiça, através da realização de inquérito a Juizes dos Tribunais Judiciais Portugueses, sobre as oportunidades, riscos e desafios das tecnologias de Digitalização, Automação, e Inteligência Artificial. Neste breve relatório são apresentados parte dos dados recolhidos no âmbito deste Estudo, referentes às *Prioridades na Digitalização e Automação do Processo Judicial*; *Formação de Juizes no novo Paradigma Tecnológico*; e *Tecnologias de Inteligência Artificial e Precedente Jurisprudencial*.

2. METODOLOGIA

O inquérito foi desenvolvido pela Investigadora Principal deste estudo na plataforma *Qualtrics*, e posteriormente testado em três sessões-piloto com Juizes de diferentes Tribunais Judiciais. Após receber aprovação do *Institute Review Board* da *Tufts University*, o mesmo foi distribuído por *email* aos Juizes em funções nos Tribunais Judiciais Portugueses através de *link* que esteve disponível entre finais do mês de março de 2023 e finais do mês de abril de 2023. Os resultados do inquérito foram analisados em *Python*.

3. CARACTERIZAÇÃO DA AMOSTRA

Foram registados 279 inquéritos completos (\leq três respostas incompletas). Esta amostra foi considerada diversificada e representativa da população de Juizes em Portugal, no que respeita ao género, fase da carreira e tipo de tribunal. Nomeadamente, foi registada uma prevalência de Juizes do género feminino, Juizes a meio e fim de carreira, Juizes a exercer funções em tribunal de Primeira Instância e Juizes a exercer funções no Distrito de Lisboa (Tabela 1 e Figuras 1, 2 e 3).

Tabela 1: Amostra do Estudo

Variável	N
Género	
Feminino	158
Masculino	117
Carreira	
Início (< 10 anos)	34
Meio (10 – 25 anos)	114
Fim (> 25 anos)	129
Tribunal	
Tribunal de Primeira Instância	167
Tribunal da Relação	78
Supremo Tribunal de Justiça	34
Distrito	
Coimbra	21
Évora	46
Guimarães	37
Lisboa	131
Porto	44

Figura 1: Género dos participantes no estudo

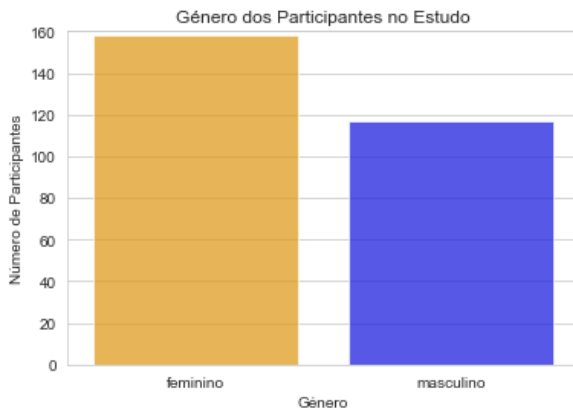


Figura 2: Género e fase da carreira dos participantes no estudo

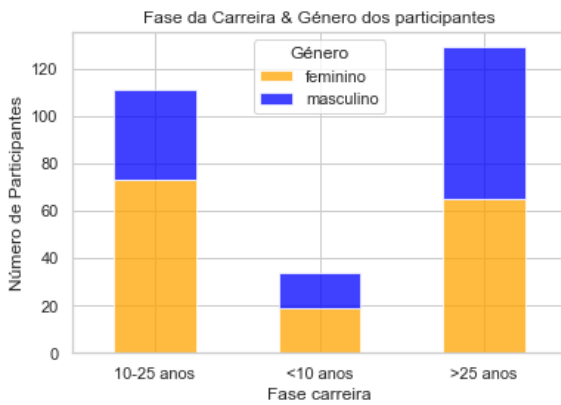
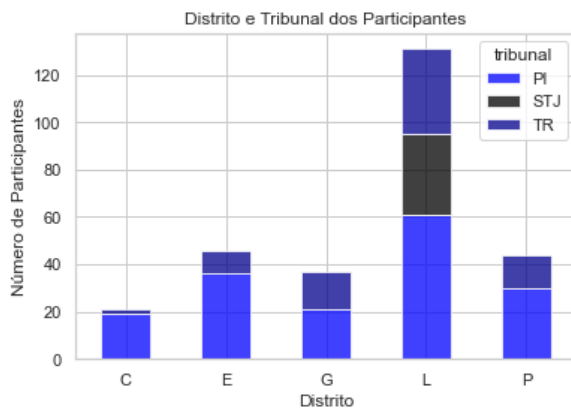


Figura 3: Distrito e tribunal onde os participantes no estudo exercem funções



4. RESULTADOS

4.1. Digitalização do Processo Judicial

Prioridades na Digitalização do Processo Judicial Os participantes neste Estudo consideraram prioritário um sistema de gestão de processos que permita uma melhor visualização do processo, bem como aplicar um maior número de funcionalidades nos documentos (Tabela 2).

Tabela 2: Prioridades na digitalização do processo judicial

Prioridade	Sistema
1	Sistema de gestão de processos que permita uma melhor visualização do processo
2	Sistema de gestão de processos que permita aplicar um maior número de funcionalidades nos documentos (por exemplo, editar documentos)
3	Digitalização integral dos processos, incluindo apensos
4	Sistema de gestão de processos no qual a documentação é apresentada de forma dinâmica (por exemplo, hiperligações para diferentes documentos)
5	Outro*

*Outro inclui soluções de digitalização sugeridas pelos participantes:

- Sistema de gestão dos suportes áudio e vídeo da documentação das audiências de julgamento.
- Despachos antecipados com assinatura agendada.
- *Tablets* que permitam o acesso ao histórico do processo, a cores e com aplicações úteis instaladas, como o *Google Earth Pro*.
- Sistema em que todos os operadores usem o mesmo processador de texto.
- Possibilidade de pesquisa por termos em todo o processo.
- Sistema de gestão de processos que permita um melhor controlo do fluxo de trabalho.

- Sistema de gestão de processos que seja rápido e não bloqueie constantemente.
- Documentos editável sem desconfiguração.
- Maior uso de *templates* com o preenchimento prévio dos intervenientes processuais.
- Sistema de transformação automática de áudio em texto editável.
- Sugestão de despachos pré-criados e editáveis, de mero expediente, de acordo com a fase processual.
- Peças processuais em formulário para os dados estruturados (factos, direito) poderem ser extraídos automaticamente.
- Correta designação de todos os atos mencionados no histórico do processo.
- Sistema que permita copiar textos e imagens para formato editável a usar pelo juiz.
- Programa que permita ao Juiz durante a diligência selecionar factos que possam ser relevantes para uma decisão.

4.2. Automação do Processo Judicial

Prioridades na Automação do Processo Judicial Os participantes neste Estudo consideram prioritário sistemas de contagem de prazos, determinação de competência territorial, e cálculo de pensões de alimentos/juros de mora/fundos de garantia/atualizações (Tabela 3).

Tabela 3: Prioridades na Automação do Processo Judicial

Prioridade	Sistema
1	Contagem de prazos (por exemplo, prazo processual, liquidação de pena)
2	Determinação da competência territorial
3	Cálculo de pensões de alimentos/juros de mora/fundos de garantia/actualizações
4	Determinação de custas judiciais
5	Cálculo de indemnizações
6	Determinação do valor da acção
7	Fixação do cúmulo jurídico
8	Outro*

*Outro inclui soluções de automação sugeridas pelos participantes:

- Indicação automática de Doutrina e Jurisprudência para a resolução do caso.
- Transcrição em texto editável do certificado de registo criminal do arguido.
- Automatização de prazos legalmente definidos.
- Indicação do prazo previsível de duração do processo em dias, atualizável em função das incidências processuais que se vão sucedendo.
- Elaboração de projeto de decisão.

4.3. Intervenção Tecnológica na Justiça

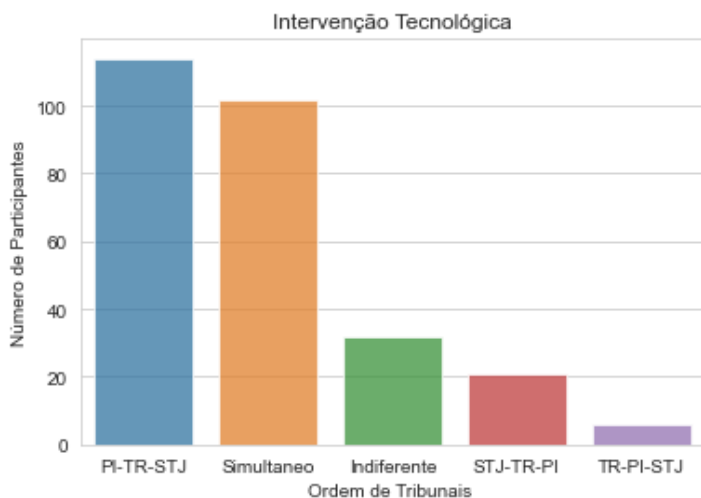
Processos mais Favoráveis a uma Intervenção Tecnológica ao nível da Digitalização, Automação e Inteligência Artificial Os participantes neste Estudo consideram que o Processo Civil é o processo mais favorável a uma intervenção tecnológica e, pelo contrário, o Processo Criminal é o menos favorável a essa intervenção (Tabela 4). No que respeita à ordem mais adequada, a maioria dos participantes consideram que a inovação tecnológica deve começar pelos Tribunais de Primeira

Instância, seguido dos Tribunais da Relação e por fim do Supremo Tribunal de Justiça ou, em alternativa, em todos os tribunais em simultâneo (Figura 4).

Tabela 4: Processos mais favoráveis à intervenção tecnológica

Ranking	Processo
1	Civil
2	Social/Trabalho
3	Criminal

Figura 4: Ordem adequada à intervenção tecnológica ao nível da Digitalização, Automação e Inteligência Artificial nos Tribunais Judiciais



4.4. Formação de Juízes no Novo Paradigma Tecnológico

Formação de Juízes Os participantes neste estudo consideram que a formação de Juízes deve incluir uma maior componente de preparação sobre os desafios jurídicos associados às tecnologias de Inteligência Artificial. Estes resultados são consistentes quando isolamos os par-

participantes em início de carreira (Figura 5 e 6). No que respeita ao momento em que essa formação deve ser oferecida, parece haver uma ligeira preferência para que a formação seja oferecida de forma transversal, ou seja, na Licenciatura e/ou Mestrado em Direito (Faculdade de Direito = FD), Formação inicial de magistrados (FI) assegurada pelo Centro de Estudos Judiciários e Formação contínua de magistrados (FC) assegurada pelo Centro de Estudos Judiciários (Figura 7).

Figura 5: Formação de Juízes e Formação

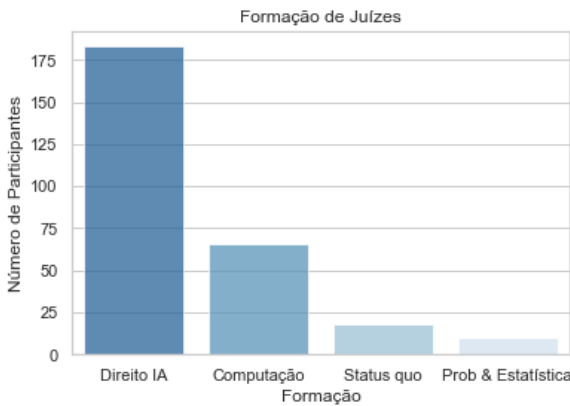


Figura 6: Formação de Juízes e Formação (Juízes início de carreira)

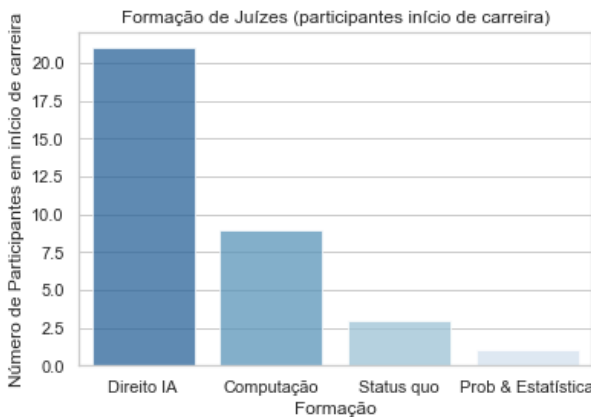
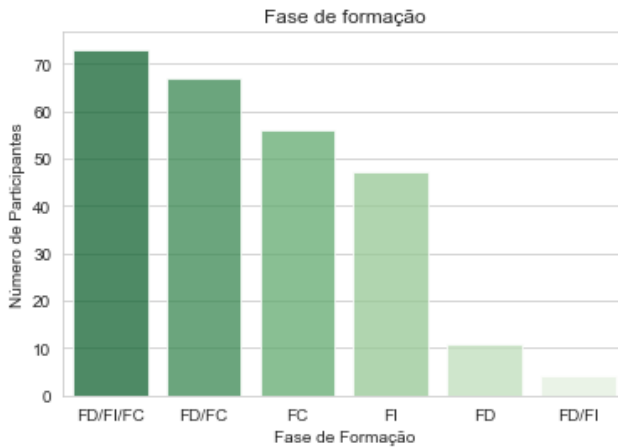


Figura 7: Fase de formação de Juízes



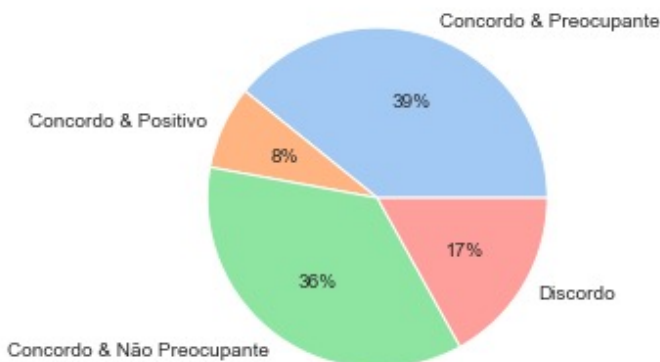
4.5. Precedente Jurisprudencial

Tecnologias de Inteligência Artificial e Precedente Jurisprudencial

Os participantes neste estudo consideram que, tendo em conta que as tecnologias de Inteligência Artificial identificam padrões nos dados para assim formular previsões, quando aplicadas no espaço jurídico, estas tecnologias podem levar a uma transição para um modelo jurídico mais próximo da *Common Law*, assentando em larga medida no precedente jurisprudencial (75%). Contudo, apenas aproximadamente metade desses participantes (39%) consideram esse cenário preocupante (Figura 8).

Figura 8: Transição para um modelo jurídico de precedente jurisprudencial

Transição para um modelo jurídico de precedente jurisprudencial potenciado por IA



5. DISCUSSÃO

Neste estudo foram investigadas as perspectivas dos Juizes dos Tribunais Judiciais sobre as oportunidades, riscos e desafios das tecnologias de Digitalização, Automação e Inteligência Artificial na Justiça. Os resultados ora reportados apresentam grande relevância no atual contexto de transição tecnológica. Estes resultados devem assim ser tidos em consideração pelas comunidades Jurídicas, Tecnológicas e Políticas envolvidas nos processos de inovação tecnológica na Justiça.

Quanto às *Prioridades na Digitalização e Automação do Processo Judicial*, é nesta sede anotado que os sistemas considerados prioritários devem merecer urgente atenção por parte das entidades responsáveis pela gestão das tecnologias nos tribunais. Salvaguardando que a implementação de alguns destes sistemas requeira porventura um elevado esforço logístico e de investimento (por exemplo, digitalização integral dos processos, incluindo apensos), pelo contrário, outros sistemas parecem ser de implementação bastante simples (por exemplo, a correta designação de todos os atos mencionados no histórico do processo, contagem de prazos e determinação de competência territorial). Algumas das soluções propostas pelos Juizes, por exemplo no que respeita a variados cálculos, desde a contagem de prazos ao cálculo de pensões e indemnizações, podem ser desenvolvidas em *open source* no âmbito da Formação Inicial e Contínua de Magistrados.

Sobre a *Formação de Juizes no Novo Paradigma Tecnológico*, os resultados deste estudo indicam que os Juizes consideram que a sua formação deve incluir uma maior componente de preparação sobre os desafios jurídicos associados às tecnologias de Inteligência Artificial. Assim sendo, é necessário refletir sobre as diferentes abordagens ao serviço da literacia jurídica sobre Inteligência Artificial. Estas tecnologias não devem ser apresentadas como entidades externas ao Direito, mas antes enquadradas e harmonizadas no espaço jurídico.

Por outro lado, os participantes neste Estudo, não revelam interesse em receber formação em Probabilidade e Estatística. Pese embora se compreenda que os Juizes sintam uma maior necessidade em ganhar conhecimentos que possam aplicar na resolução de disputas no Tribunal, não deve ser menosprezada a relevância da Probabilidade e Estatística como elemento crítico no paradigma atual de Inteligência Artificial de Dados. Como Ciência Aplicada, o Direito visa dotar os seus formandos de ferramentas que lhes permitam resolver problemas. Ao incluir fundamentos matemáticos e algorítmicos na formação de juristas, estes estarão mais bem preparados para compreender, acompanhar e desenvolver soluções inovadoras para problemas de natureza jurídica.

Este breve relatório versou também as *Tecnologias de Inteligência Artificial e Precedente Jurisprudencial*. Estas tecnologias podem trazer mudanças importantes ao atual modelo jurídico, nomeadamente, segundo os participantes neste Estudo, no maior uso do precedente jurisprudencial. São certamente necessários mais estudos que desenvolvam as bases teóricas do modelo jurídico do futuro, assente numa maior componente tecnológica.

Por fim, cumpre mencionar que este Estudo reflete apenas as visões dos Juízes, e que, para que a inovação tecnológica seja verdadeiramente inclusiva, é necessário ouvir os outros profissionais da Justiça.

6. AGRADECIMENTOS

A autora deste estudo faz um especial agradecimento aos Juízes Sandra dos Reis Luís, João Ferreira e João Miguel Silva Mendes, pela colaboração no desenvolvimento do inquérito. A autora agradece aos Juízes Sandra dos Reis Luís e João Miguel Silva Mendes pela divulgação do inquérito. A autora agradece também aos Juízes que participaram nas sessões piloto: Ana Chambel, Cátia Santos, Filipe Aveiro Marques, Gabriela Cunha Rodrigues, Georgina Camacho, João Cura Mariano, Maria Olinda Garcia e Pedro Soares de Albergaria. A autora agradece ao Supremo Tribunal de Justiça, na pessoa do seu Presidente, Juiz Conselheiro Henrique Araújo pela colaboração neste projeto de investigação. Por fim, a autora agradece a todos os Juízes que completaram o inquérito.

Justiça e comunicação social – Novos problemas de comunicação e linguagem

J. N. CUNHA RODRIGUES

Conselheiro Procurador-Geral da República ap.

RESUMO: O Autor escreve sobre os novos problemas de comunicação e linguagem que acometeram as relações entre a justiça e a comunicação social. Sustenta que o perfil da administração da justiça está esgotado, por motivos de organização e funcionamento internos, mas, sobretudo, pelas transformações sociais e políticas que se verificaram em domínios tão sensíveis como os da verdade, da incerteza, dos limites do conhecimento jurisdicional, da responsabilidade e da crise do Direito. Propõe um paradigma baseado na soberania do juiz, na oralidade, numa maior utilização da equidade e na redução da complexidade do processo de modo a garantir decisões em prazo razoável.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça, comunicação social, linguagem, verdade, equidade, oralidade, inteligência artificial, inteligência emocional, dever de fundamentação

ABSTRACT: The author writes about the communication and language new problems that have affected the relations between justice and media. He says that the administration of justice profile is exhausted, for reasons of internal organization and functioning, but above all for the social and political transformations which occurred in areas as sensitive as those of the truth, the uncertainty, the limits of jurisdictional knowledge, the accountability and the crisis of the law. He proposes a paradigm based on the sovereignty of the judge, on the orality, on a greater use of equity and on the reduction of the complexity of the process in order to guarantee the decisions in a reasonable time.

KEYWORDS: Justice, media, language, truth, equity, orality, artificial intelligence, emotional intelligence, reasons for judgment

Em 1999, publiquei um pequeno livro a que dei o título "Comunicar e julgar".

O título era neutro, mas envolvia duas funções já ao tempo numa relação controversa: a administração da justiça e a comunicação social.

Muito resumidamente, o que se tornara patente era, de um lado, uma administração da justiça pesada e formalista, estratificada nos usos e na linguagem, e, do outro lado, uma comunicação social revolucionada pela explosão de títulos, pelas novas tecnologias e pelo mimetismo transnacional.

Não vou retomar o tema onde o deixei.

Os tempos são outros.

A reflexão que proponho contém cinco interrogações e um epílogo. As interrogações, que a administração da justiça tem o dever de fazer a si própria e de opor à ciência e à política, são sobre a verdade, a incerteza, os limites do conhecimento jurisdicional, a responsabilidade e o Direito em tempo de crise. No epílogo, resumirei o estado da arte e direi da minha ideia sobre o futuro.

A VERDADE

John Rawls disse que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade é dos sistemas de pensamento.

A procura da verdade é um dos fins da administração da justiça.

No entanto, temos de ser realistas. O processo de reconstituição da realidade está carregado de erro e subjectividade.

Desde logo, do próprio julgador. Mas igualmente dos intervenientes, uns legitimamente interessados, outros, testemunhas ou peritos, vinculados a deveres de objectividade, mas, por deficiências de personalidade ou de percepção, nem sempre confiáveis.

Por isso, costuma falar-se em verdade material e verdade processual.

A verdade material ou histórica visa os acontecimentos tal como ocorreram e deve orientar toda a acção da justiça.

Sempre houve, porém, a noção de que os tribunais perseguiam uma verdade tendencial e que os elementos de variação dependiam muito de condições exteriores.

Ora, há razões para acreditar que a distância entre a verdade material e a verdade processual está a aumentar e mudou de natureza nas últimas décadas.

As razões são múltiplas.

As sociedades modernas estão a ser afectadas por subculturas dispersas e superficiais que enfraquecem a consciência cívica.

Os indivíduos são cada vez mais rebeldes ao compromisso ontológico. Agem mais por interesse do que segundo valores.

Estas circunstâncias desarmaram o sentimento comum de cooperação com a justiça.

A justiça passou a ser vista como instância de debate não da verdade, mas de interesses. Cada grupo tenta difundir a sua verdade, opondo a ao critério jurisdicional.

A erosão da verdade está também a resultar da apetência dos media pela justiça.

São vários os motivos.

Uma das condições que induzia à credibilidade de quem depunha perante a justiça era a espontaneidade. Com os media, em especial com o chamado "jornalismo de investigação", as pessoas são, repetidas vezes, ouvidas, contraditadas e expostas publicamente, antes de deporem.

Não estando os jornalistas obrigados a revelar as suas fontes, poder-se-ia pensar que a inexistência da coacção, ao contrário dos tribunais, garantiria uma maior autenticidade das versões. Mas não é assim. O acesso aos media é selectivo. Quem aparece é frequentemente quem tem interesse no caso.

A versão publicada pelos media irá causar danos importantes na recolha e apreciação das provas e no julgamento.

Os factos noticiados são apreendidos como se correspondessem a uma versão genuína.

Por outro lado, a opinião publicada reveste-se, pela sua própria natureza, de uma considerável autoridade, sobretudo para sectores pouco alfabetizados da população.

A morosidade da justiça fará o resto. Irá contribuir para a perda da memória e para a desagregação do discurso.

A discrepância entre o juízo de opinião e o juízo jurisdicional milita, assim, contra a verdade.

Podemos então razoavelmente dizer que as relações estabelecidas entre a justiça e a comunicação social nem sempre contribuem para a reconstituição da verdade e que esta tendência pode tornar-se problemática em países em que as instituições judiciais não se encontram dotadas de meios nem de experiência para realizarem os objectivos do processo equitativo em ambiente social desfavorável.

A INCERTEZA

A incerteza é uma condição inerente à acção da Justiça. Ou porque o julgamento assenta num processo de reconstituição dos factos que depende da realidade e constância das percepções ou porque o Direito aplicável se presta, como é habitual, a mais que uma interpretação.

Umaz vezes, a incerteza está na natureza das coisas ou na polissemia das palavras do legislador. Outras vezes, é criada ou fomentada por razões egoísticas.

O Direito lida com a incerteza por meio de princípios que asseguram a imparcialidade do tribunal e contribuem para a formulação de um juízo elevado de probabilidade.

A justiça teve a incerteza como aliada, enquanto o sistema de crenças renunciou ao escrutínio da racionalidade. Podia até dizer-se que o desfecho incerto revestia a função da justiça de uma aura de mistério. Por isso, o modelo de comunicação podia ser sóbrio e intermediado pelos próprios tribunais.

As novas formas de comunicação vieram criar um caldo de cultura avesso à absorção da incerteza.

É comum dizer-se que são diferentes os tempos da comunicação social e da justiça.

São-no efectivamente.

Mas esta apreciação é redutora. O que está em causa não é só o tempo.

É o tempo e o modo.

Pelo lado dos media, predomina a tendência para misturar factos e opinião e uma passividade cognitiva quanto a direitos fundamentais. O

iniciático "alegradamente" que serve normalmente para introduzir juízos definitivos é apenas um disfarce.

Por seu lado, a administração da justiça dificilmente consegue resolver o problema do tempo.

Ainda que a comunicação social se contivesse nos limites da sua missão ou se entregasse a padrões de virtude profissional, nenhuma sociedade suportaria, nos dias de hoje, uma incerteza tão prolongada quanto a que resulta da duração dos processos.

Mas a incerteza está também a converter-se num problema por outros motivos.

A relação entre o progresso científico e a administração da justiça é ambivalente. A justiça, como, aliás, o Direito, absorvem lentamente as inovações. E, nas últimas décadas, a progressão vertiginosa da ciência forneceu à sociedade padrões de comparabilidade que naturalmente desfavorecem a justiça.

Por estas e outras razões, as representações sociais da justiça são, muitas vezes, resultado de uma errada concepção sobre a racionalidade do Direito e o papel dos tribunais.

O que se exigiria do Direito é inteligência normativa e o que se esperaria da justiça é verdade e rectidão. Mas são mais que muitos os que contribuem, com os seus comportamentos, para as mistificações, os atropelos e as falsidades.

OS LIMITES DO CONHECIMENTO JURISDICIONAL

O Direito adquiriu uma capacidade invasiva inusitada e é hoje o grande colector da pluralidade de visões do mundo: históricas, antropológicas, científicas, económicas, financeiras ou desportivas.

As sociedades democráticas da actualidade são sociedades de Direito em abundância e, porque a cada direito corresponde uma acção, encaminham-se para a saturação dos sistemas de justiça.

Num corte vertical, os tribunais convivem com o infinitamente pequeno e o infinitamente grande: as transgressões de circulação e a aventura da exploração espacial.

Num corte horizontal, a competência jurisdicional e os poderes de cognição dos tribunais foram-se alargando, passando a compreender a transparência política, o rigor científico e a ética do desporto.

Temos, pois, que a justiça é interpelada por questões que não carecem de tutela, dada a sua insignificância social, ou para as quais os tribunais não dispõem de conhecimento científico nem de meios para restabelecer a verdade.

Noutra perspectiva, o Direito está a ser afectado pelo carácter crescente e praticamente infinito das cadeias de causalidade.

É, numa outra acepção muito ligada à nossa herança judaico-cristã, a questão de saber "quem é o culpado".

Cada vez mais, as teorias jurídicas de causa e efeito se confrontam com conhecimentos técnico-científicos que oferecem, para cada aspecto de um evento, uma resposta específica e procuram "validá-la" como explicação final.

Como escreve Luhmann, seria necessário encontrar um instrumento de reflexão sobre as consequências e não cair na tentação de desenvolver a variedade do sistema jurídico até ao ponto de ameaçar a sua capacidade funcional.

Mas, sendo assim, a saída deste círculo de giz exige pensadores tanto como de juristas.

Em certo sentido, poderá dizer-se que todas as ciências se tornaram auxiliares do Direito.

Falta igualmente saber qual é a retórica que se adequa à massificação e à complexidade de maneira a concitar a compreensão e a adesão da opinião pública.

A ideia de que a persuasão pertence à esfera da comunicação social é errada. A persuasão é primacialmente do domínio da acção da justiça. Depende da solidez das decisões, da autoridade dos juizes e da correcção do discurso jurídico.

Transformá-la em linguagem comunicacional acessível e directa, essa sim, é função dos media.

A RESPONSABILIDADE

Outro dos pontos sensíveis nas relações entre a justiça e a comunicação é o da responsabilidade.

Não se trata apenas da culpa e da expiação.

É a dialéctica entre direitos e deveres tornada candente pela questão dos direitos fundamentais.

O que a expansão dos direitos humanos no pós-guerra teve de comum foi a hiperbolização dos direitos e a pouca atenção conferida aos deveres que, mesmo a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, apenas refere timidamente no preâmbulo.

Esta combinação (visibilidade de direitos e silenciamento de deveres) obriga a um esforço de harmonização e concordância prática que nem sempre é claro e gerador de confiança.

Aproximando-nos do jornalismo, vemos, a título de exemplo, que a jurisprudência dos tribunais e, em especial, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, põe em relação os direitos de personalidade e o direito de informar. Contudo, a protecção da transparência e uma certa concepção de cidadania estão a comprimir os direitos de personalidade. Por razões ligadas ao direito de informar e à promoção da transparência, a protecção da honra e os direitos ao bom nome e à propriedade intelectual estão a ceder em benefício daquilo que se considera o interesse público.

A consequência é que cada vez menos gente competente e de boa reputação está disponível para exercer cargos públicos.

Poderíamos juntar a este exemplo os casos dos bloggers, dos twitters e das redes sociais. O Direito está a mostrar-se impotente para responder aos desvios ocorridos nestes sectores.

O DIREITO EM TEMPO DE CRISE

As democracias do ocidente estão pressionadas por sistemas jurídicos saturados de disciplinas, face ao movimento crescente de pretensões normativas, particularmente originado:

- a) pela globalização da economia, pela nova ordem mundial do comércio e pela emergência de matérias especialmente carentes de tutela, como são as relativas ao ambiente e ao consumo;
- b) pelo aumento da criminalidade e das suas conexões internacionais;
- c) pelos problemas de ética política e de conduta cívica, motivados pela ausência de normas ou pela reduzida intensidade das normas que regulam as relações entre poderes públicos e a sociedade;

- d)** pela perda de influência das elites e da sua capacidade de produzir pensamento alternativo;
- e)** por um escrutínio de opinião pública tempestuoso, provocado por condições inerentes à comunicação social;
- f)** pela rápida mutação de paradigmas sócio culturais; e
- g)** por duas crises: a da legitimidade da democracia representativa e a da sustentabilidade do Estado-providência.

Como disse Delmas-Marty, vivemos "uma espécie de grande desordem" em que os sistemas de Direito transbordaram e se tornaram impotentes.

Os antigos modelos já não funcionam e palavras como ordem ou sistema parecem inadaptadas às práticas actuais.

É preciso imaginação para construir "uma nova representação mental do Direito".

As crises económicas acrescentaram problemas a esta complexidade.

Por permitirem uma percepção imediata sobre a evolução social, as crises estão a provocar sentimentos de desestabilização.

As referências da vida social deixaram de ser seguras.

Tudo bascula ao mesmo tempo.

A aptidão para identificar as causas pelos efeitos evapora-se num encaimento circular que deixa sem saber por que ponta pegar.

O confronto deixa de ser epicêntrico e ideológico. É disperso e mesmo os que aspiram pela ordem reconhecem que não se pode esperar muito do Direito para realizar este objectivo.

As crises estão a pressionar o Direito e a baixar a força coerciva das normas.

Entre impulsos de regulamentação e de desregulamentação, a actualidade não representa geralmente uma opção pela neo-regulamentação, mas um tempo de utilização avulsa e indisciplinada das normas.

Tem de comum esquecer a coerência interna do sistema jurídico, marginalizar correntes de doutrina e limitar-se a utilizar o Direito para obter um determinado efeito no imediato.

Os destinatários das normas são, muitas vezes, grupos identificados por estados de necessidade e menos por alternativas políticas, concepções ideológicas ou programas de governo. O serem ou não contemplados pode resultar de factores estranhos ao mérito das situações. Deve-se, por vezes, à sua capacidade de influenciar o poder ou de mobilizar a opinião pública.

Ao Direito assim produzido poderia chamar-se, como foi por certos autores, Direito tático.

Não obedece a uma matriz, é estranho a qualquer pensamento sistémico e tem um destino orientado para a ruptura e para o transitório, ao arrepio da vocação "estabilizadora" das normas.

Uma última dificuldade é a da modulação da coercibilidade do Direito.

A turbulência dos mercados e a implosão de sistemas bancários deram lugar a crises financeiras que rapidamente se tornaram económicas. As dominantes são caracterizadas por instantes e contraditórios apelos à regulação e à desregulação, face ao risco de uma economia de escassez, e pela ausência de correntes estruturadas de pensamento político.

A dúvida sobre o porvir legislativo enfraquece a eficácia das leis.

Do mesmo modo, o reaparecimento de bolsas de pobreza e o aumento de conflitualidade social são propícios a concessões securitárias que interpelam a justiça de modo particular.

Estas transformações deram aos media um papel que não se confina à intermediação de factos. Modula a eficácia das leis e a efectividade da justiça.

EPÍLOGO

Os últimos anos produziram uma aceleração histórica que fez disparar as tecnologias, pôs em causa os usos e costumes e estilhaçou a noção de verdade, normalizando a falsificação de factos, pondo a nu acontecimentos ocorridos nas margens do mundo vivido e relativizando concepções sobre o bem e o mal.

Zygmunt Bauman, com a sua ideia de "modernidade líquida", dá-nos uma tentativa de explicação:

"Ao contrário dos corpos sólidos, os líquidos não podem manter a sua forma, quando pressionados ou empurrados por uma força externa, por menor que seja. E esta é precisamente a característica mais mar-

cante do tipo de coabitação humana característica da "modernidade líquida".

O autor descreve uma sociedade sem um ponto de referência estável, em que os indivíduos estão constantemente a adaptar-se à mudança.

A modernidade líquida opõe-se à "modernidade sólida" - diz -, na qual existiam formas sociais estáveis e bem definidas. Na modernidade líquida, o indivíduo é socialmente integrado pelo seu acto de consumo e definido pelas suas escolhas. Todavia, é constantemente chamado a fazer novas escolhas que flutuarão constantemente. A sociabilidade líquida caracteriza-se por uma liberdade paga pela incerteza, pela mudança, pela precariedade e pela insegurança.

Modernidade líquida (Zygmund Bauman, vazio (Gilles Lipovetsky)) ou sociedade perversa (Dany-Robert Dufour) são termos usados, no final do século XX e no século XXI, para denunciar uma decadência social e ideológica que corresponde à extensão político económica do neoliberalismo. É o fim dos grandes ideais e o disparar da dúvida, do relativismo, da apresentação do dinheiro e do lucro como valores dirigentes, do consumismo, do mercantilismo, da desestabilização da moral e da instabilidade relacional e profissional.

Como escreve Francis Fukuyama, "o liberalismo moderno fundou se na premissa de que não há acordo entre as pessoas sobre os fins últimos da vida ou sobre concepções do bem. O pós-modernismo levou-nos ainda mais longe: do relativismo moral ao relativismo cognitivo, em que até a observação factual é considerada subjectiva".

Há os saberes. Mas a "ciência académica", o "saber estabelecido" ou o "conhecimento burocratizado" traduzem, muitas vezes, a rendição do bem comum a interesses egoístas e paroquiais.

Ao contrário das "estruturas" de antigamente, cuja razão de ser era ligar por nós difíceis de desatar, as redes servem tanto para desconectar quanto para conectar.

A revolução profunda que ocorreu na sociedade e no Estado tornou obsoleto muito do pensamento e dos instrumentos práticos da administração da justiça.

Fizeram-se reformas?

Sim, fizeram-se...

Mas andámos a legislar para o passado.

De quase todas se pode dizer que se tornaram inócuas ou porque não foram devidamente regulamentadas ou porque não descolaram de paradigmas ultrapassados ou porque enxertaram novidades que o sistema naturalmente rejeitou.

Mas, sobretudo, porque este tempo e esta sociedade são outros.

A comunicação social também não escapou às mudanças e às rupturas. Procurou adaptar-se, mas sofreu consideráveis danos e degradações. Um dos pontos mais relevantes e que constituía uma armadura ética do jornalismo (as fontes) foi capturado pelas redes sociais que passaram a constituir um depósito de informação e um instrumento de manipulação.

Por outro lado, o pluralismo da informação, tido por elemento-chave dos princípios democráticos, foi substituído pela mera pluralidade de actores, com o desaparecimento de títulos e a entrada de grupos económicos para tutelar os títulos sobranes.

A comunicação social perdeu autonomia tanto quanto ganhou poder e capacidade de mobilização e de intromissão nas esferas reservadas da comunidade, nomeadamente na vida privada.

Hesitaria, pois, em afirmar que a comunicação social responde na actualidade às exigências de uma sociedade bem ordenada. Ganhou eficácia, aproveitou o valor da instantaneidade (veja-se os *reporters* que parecem residir ao lado de cada crime) e aumentou exponencialmente o papel da opinião. Mas gerou opacidade e ruído. A toda a hora e independentemente das matérias, há comentadores residentes ou visitantes que se mostram inaptos para esclarecer os factos, mas capazes de condicionar o conhecimento.

Quanto à administração da justiça, encontra-se, creio que podemos dizer, em fase terminal de paradigma.

Fala-se no mundo digital.

Há muito a esperar do digital?

Não são evidentes as expectativas.

Como disse noutra lugar, as análises sobre a era digital oscilam entre o revolucionário e o conservador, o entusiasmo e o cepticismo, o gradualismo e a disrupção. Têm normalmente uma característica comum: agem com uma espécie de superstição sobre a capacidade do numérico para alterar a realidade, seja esta qual for.

Alguns autores desenvolvem uma argumentação densa sobre a escrituração, desde a antiguidade até aos nossos dias, para concluir que a escrituração informática não possui todas as propriedades da linguagem. É, pelo contrário, uma escrituração muda, opaca e em movimento permanente.

Também Emmanuel Poinas mostra a incomodidade do tema. Para o Autor, a tecnologia numérica, como toda a forma de escrituração, é, ao mesmo tempo, uma estilização e uma fossilização da realidade.

Mas todo o digital é, para os críticos, a substituição da causalidade pela correlação, o futuro deduzido do passado, o risco de se criar uma normatividade secundária, a petrificação do tempo, um saber jurídico alternativo ou a combinação do conhecimento da norma com o mercado.

O que dizer?

Antes de mais, a entrada na era digital exige um concomitante esforço de restauração e manutenção da confiança.

Depois, não é de excluir a inteligência artificial, mas é absolutamente de condenar o uso deste meio como modo de refrear o pensamento indutivo e a criatividade e limitar os tempos de reflexão.

O problema é de saber se o digital irá dissipar incongruências e irritações ou se, pelo contrário, virá exponenciá-las.

Na propedêutica do digital, é fundamental saber que o que podemos esperar é exactidão, celeridade e eficácia; não verdade. Esta pode ser consequencial, mas não é um atributo do digital.

É com estes pensamentos que se deve higienizar o tratamento do digital.

É fundamental pensar o estado da arte antes de toda a tentação de reforma.

São igualmente limitadas as expectativas sobre um ambiente amigável da comunicação social em relação à justiça.

Sobra, então, o que parecia determinante à partida: o juiz.

O futuro está, segundo penso, na aposta que se faça no recrutamento e na formação do juiz e nos instrumentos legislativos e logísticos de que dispõe.

Tem de se abandonar a concepção do juiz como elo de uma máquina montada sobre a burocracia e os pequenos poderes.

Outro ponto a tomar especialmente em consideração é que a administração da justiça deixou a sua tradicional visão imagética de ordem soberana e, por isso, intocável nos seus valores e está a deslizar para a esfera do desempenho, da eficácia e da meritocracia com as consequências nocivas de que fala Michael Sandel.

Por esta via, os processos de decisão estão a ser submetidos a um controlo e a uma exposição pública que corrói o tempo e a liberdade de pensar.

Com a exacerbação de instrumentos de controlo estatístico (on line) e a emergência de práticas de vigilância total, o juiz perde o essencial da sua independência que não pode prescindir da liberdade de pensar e de gerir os tempos de respiração na procura da verdade e do Direito justo.

Um aspecto com um peso particular na avaliação de ganhos são os deveres de fundamentação.

O processo impõe aos juízes deveres particularmente intensos de fundamentação. Estes deveres foram potenciados por concepções que vêm no processo a quinta essência dos saberes judiciais.

As partes jogam nestas exigências, multiplicando os factos sempre na expectativa de provocarem incongruências e contradições que, em caso de insucesso da acção, permitam obter a anulação dos julgamentos.

Pela hiperbolização e construtivismo de garantias, podemos estar a dar razão a Habermas quando diz que os deveres de fundamentação apenas servem para reduzir o valor surpresa das decisões.

Sejamos claros: o que está em causa não são as garantias, é o construtivismo de garantias.

Outra questão-chave é a oralidade.

Os modelos vigentes não privilegiam a oralidade. Assentam na escrita. As gravações e a desmaterialização do processo não alteraram esta tendência.

Contudo, o modelo escritural está em contraciclo com a cultura oral prevalecte e com as novas características da mediatização marcadas pelo conhecimento instantâneo.

Sobre o futuro:

Não me deterei sobre o futuro dos media. Limito-me a reconhecer que o potencial económico dos audiovisuais deu lugar a um poder dominado pelas regras do mercado e pode estar cada vez mais afastado dos desígnios da administração da justiça.

A qualidade e o pluralismo dos media não se asseguram com a simples garantia de não intrusão por parte dos poderes políticos. Pelo contrário, as políticas públicas são chamadas a assegurar o reforço desses objectivos, o que implica a existência de plataformas suficientes de expressão individual, um acesso consistente à informação e a possibilidade de debate em nome de cada grupo social.

Estas realidades questionaram o legislador europeu de diversas maneiras.

Mas a Europa pouco mexeu.

Entrou numa apatia que teve por causa o papel das empresas jornalísticas na esfera económica e o postulado de que os problemas colocados nesse domínio devem ser resolvidos no âmbito do Direito da concorrência. Esta concepção negligenciou o papel dos meios de comunicação social numa sociedade liberal e aproximou os difusores de informação dos proprietários de grupos económicos, em alguns casos por motivos de racionalidade económica, noutras casos pela influência que podem exercer sobre o poder político e a sociedade em geral.

A superstição de que o Estado não garante uma informação isenta (o que nem sempre é superstição) e a dificuldade de capitalização do empresariado cooperativo beneficiaram o modelo privado que foi sugado por grupos económico e gerou posições de abuso dominante que contaminam o pluralismo e a isenção.

Não contemos, por isso, com uma evolução empática da comunicação social.

E quanto à justiça?

Uma justiça baseada na oralidade requer naturalmente uma nova perspectiva do processo em que o *leitmotif* será a redução da complexidade.

Temos por certo que as resistências à mudança se acumularão neste ponto. A nossa justiça desenvolveu-se num signo em que pontificaram, durante décadas, os debates entre as escolas de Coimbra e de Lisboa, conduzindo a uma avaliação do mérito profissional que privilegiou o manejo do processo relativamente às decisões de fundo.

Com o mero intuito de contribuir para o debate, limitar-me-ei a indicar, a traço grosso, as mudanças reivindicadas por uma nova ideia da justiça:

- a) Um uso prudencial do processo que respeite o objectivo do julgamento em prazo razoável e tenha mais em conta a ideia de equidade;
- b) A dotação dos tribunais com equipamentos e logística ao nível das edificações e das tecnologias da modernidade, de modo a criar representações sociais sólidas sobre a importância da justiça e o papel soberano do juiz;
- c) A criação de assessorias técnicas, particularmente nos tribunais superiores e nos tribunais especializados;
- d) A redução do número de articulados;
- e) O reforço do papel do juiz no saneamento dos factos e dos temas decidendi (directions no sistema anglo-saxónico);
- f) A oralidade como dominante processual e a garantia de meios eficazes e rápidos de transcrição, quando necessária;
- g) A utilização da inteligência artificial de forma gradual e supervisionada;
- h) A simplificação dos deveres de fundamentação;
- i) Um mais amplo espaço para a convicção adquirida pela indução e pela inteligência emocional;
- j) A incrementação da citação directa no processo penal, com a consequente agilização das perícias;
- k) A inserção no Supremo Tribunal de Justiça de um verdadeiro sistema de triagem, compreendendo o exame sobre a necessidade de tutela;
- l) Um mais amplo acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, em relativo detrimento da dupla conforme, e o reconhecimento do Supremo Tribunal de Justiça como garante da tutela jurisdicional efectiva;
- m) A possibilidade de o Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional atribuírem aos recursos efeito devolutivo quando estiver em causa o direito a um julgamento em prazo razoável.

- n) A atribuição ao juiz de poderes de disciplina relativamente ao processo, semelhantes aos existentes em alguns países segundo os termos de contempt of the court;
- o) A alteração do modelo e das práticas de avaliação do mérito do juiz, com substituição do método de fiscalização permanente;
- p) A revisão dos institutos de prescrição e caso julgado.

Entrámos numa era em que os usos e os estilos de vida, as concepções políticas, económicas e sociais e as próprias convicções identitárias mudaram.

Insistir em organizar a administração da justiça remendando um tecido social estruturalmente corroído é apostar no passado.

E a comunicação social?

Quanto à comunicação social, é de crer que continuará a explorar a sua capacidade de investigar sem regras e de maximalizar a informação instantânea.

Neste contexto, a única saída é reduzir drasticamente o tempo de resposta da justiça, como modo de garantir um julgamento em prazo razoável, mas também de restabelecer a confiança, nomeadamente pela aplicação de métodos proporcionados de afirmação da autoridade.

O passo mais importante para que o julgamento jurisdicional prevaleça sobre o julgamento de opinião é então o de reduzir a distância cronológica entre os dois.

Cheguei ao fim.

Perdoem-me V.^{as} Ex.^{as} que, num espaço tão nobre como este, em que, num tempo inicial de há mais de cinquenta anos, fiz concurso de provas públicas para juiz de Direito, me tenha atrevido a expor as minhas ideias.

Estado de direito – noção em movimento

GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS

Administrador Executivo da Fundação Calouste Gulbenkian

RESUMO: O Estado de direito apenas pode ser compreendido através de relacionamentos dos conceitos de ética, política, cidadania e legitimidade. É uma noção em movimento que exige a compreensão das novas realidades dando-lhes um sentido humano. Como tem afirmado Charles Taylor: "uma democracia é um regime de direito, que é algo superior à tolerância". O objectivo deve ser a democracia na qual todos tenham direito de expressar a sua opinião, de votar como quiserem e praticarem a religião que aceitarem. Haverá avanços e retrocessos, mas o fundamental é considerar a pessoa humana no centro da organização da sociedade em que todos os seres humanos sejam livres e iguais em dignidade e direitos

ABSTRACT: The Rule of Law can only be understood through the relationship of the concepts of Ethics, Politics, citizenship, and legitimacy. It is a moving notion that requires understanding new realities by giving them a human meaning. As Charles Taylor has stated: "a democracy is a rule of law, which is something superior to tolerance". The goal must be democracy in which everyone has the right to express their opinion, to vote as they wish and to practice the religion they accept. There will be advances and setbacks, but the fundamental thing is to consider human beings at the centre of the organization of a society in which they are free and equal in dignity and rights.

PALAVRAS-CHAVE: Ética, Direito, Política, cidadania, legitimidade

KEYWORDS: ethics, law, politics, citizenship, legitimacy

O Estado de Direito apenas pode ser compreendido através do relacionamento dos conceitos de Ética, Política, Cidadania e Legitimidade. Longe de uma perspectiva estática e formalista, importa estabelecer uma relação dinâmica destes diferentes domínios. Se a Ética nos con-

duz aos fundamentos da ação humana, partindo da etimologia grega do “ethos” como carácter, provindo da noção de lar, onde se estabelecem as primeiras e essenciais relações pessoais, o certo é que essa natureza indiretamente normativa anima os valores que dão sentido à confiança, à coesão social e ao respeito mútuo. A relação entre a Ética e Política reporta-se, assim, à cidadania e ao bem comum. Importa, porém, ter em consideração que na antiguidade clássica, a cidadania era exclusiva, apenas se referindo a alguns membros da cidade – as mulheres, as crianças, os vencidos, os escravos não tinham tal reconhecimento. Nesse sentido, se excluía do governo da cidade um número significativo de pessoas. Hoje a cidadania tende a ser inclusiva, designadamente quanto aos direitos subjetivos, aos direitos de participação e no tocante à responsabilidade social – abrangendo todos os seres humanos. Só no século XX as mulheres obtiveram direitos de cidadania, designadamente através do sufrágio universal. Assim, ao considerarmos o fenómeno político, falamos de “polis”, a cidade na língua grega, e de “civitas” na expressão latina. Uma sociedade democrática pressupõe a liberdade e a igualdade, a igualdade e a diferença. Daí a importância do entendimento da cidadania como tendencialmente inclusiva. Por que razão dizemos tendencialmente? Porque há ainda entraves e bloqueamentos, ditados pela imperfeição na concretização dos direitos fundamentais.

Para garantir o respeito de todos e a concretização da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), de forma que todos os seres humanos nasçam e vivam livres e iguais em dignidade e direitos, é necessário que a Ética anime uma Moral civil aberta e plural, assente na dignidade de todos. Na expressão de Adela Cortina: como primeira providência para manter os pilares básicos da democracia, deve garantir-se o império da lei, a separação de poderes e as eleições regulares e periódicas como marco do Estado Constitucional de Direito. Mas deve ainda fortalecer-se os pilares do Estado social de Direito, enquanto Estado de justiça que protege os direitos civis e políticos, mas também os direitos económicos, sociais e culturais. A democracia é, assim, um sistema de valores, e não uma doutrina de salvação que pretenda absorver a vida toda, estando obrigada a assentar em bases da justiça.

No Estado de direito democrático encontramos: o primado da lei, geral e abstrata para todos, a legitimidade do voto, a legitimidade do exercício, a referência ao valor da justiça. Daí a importância do pluralismo (não confundível com relativismo) e da incomensurabilidade dos valores (na expressão de Isaiah Berlin). Ao falar de Ética e de cidadania, referimo-nos, deste modo, a fins e a meios. Hoje perguntamo-nos: qual o lugar e a importância da inteligência artificial? Poderão os robôs substituir as pessoas? Estamos, todavia, a falar de instrumentos, que não tendo consciência e emoções, não estão capacitados para terem

direitos e deveres e para serem governantes e cidadãos de uma sociedade democrática, o que não significa que deixem de ser auxiliares da ação humana, muitas vezes de grande utilidade na tomada de decisões.

A vida política e cívica faz-se com pessoas, dotadas de razão, de sentimentos e emoções capazes de serem fatores de responsabilidade, de compaixão e de justiça. É necessário, pois, que os governantes assumam o seu papel (aparentemente modesto) de facilitadores da vida pública e que os partidos e as instituições políticas deixem de funcionar como agências de colocação e apresentem propostas diferenciadas relativamente ao que em verdade querem e podem realizar, para servir a cidadania, não se limitando a ganhar votos sem ideias e valores e com palavras vazias.

Se pedimos que a inteligência artificial seja um instrumento confiável, por maioria de razão temos de exigir à política das pessoas que respeitem a ética e a moral social. O compromisso político exige respeito mútuo (ler “Mounier - O Compromisso Político” de Guy Coq, Gradiva). Quando falamos de dignidade humana e do primado da pessoa humana, vamos buscar a etimologia do conceito às palavras grega “*prosopon*” e latina “*persona*” – que significavam as máscaras do teatro, que identificavam as personagens. Falamos, assim, do que é irrepetível, e humanamente intransmissível, definindo quem somos e qual a nossa relação com os outros. Quando Antígona (Sófocles) se revolta contra Creonte, porque este não quer dar sepultura digna a seu irmão Polinices, ela põe a justiça à frente da lei – chamando o fundamento da ética, que se sobrepõe à moral social e ao direito. A dignidade da pessoa humana é, assim, a marca universal do direito e da justiça e dos direitos humanos.

Desde o século das Luzes (século XVIII), a Razão é valorizada como fator de organização e regulação da vida em sociedade. O “*cogito ergo sum*” de René Descartes e o “imperativo categórico” de Immanuel Kant tornam-se referenciais. E perante o fenómeno religioso, há consideração da necessidade de completar a fé e a razão, o que é salientado pelos dois pensadores. Não importa, porém, ao Estado de direito a expressão íntima da liberdade de consciência, mas sim a salvaguarda da própria liberdade. De facto, sem negar a dimensão do transcendente, verificou-se um otimismo excessivo relativamente à razão e à racionalidade, em lugar da liberdade de consciência – que culminou no positivismo de Augusto Comte. Já antes, o movimento da Reforma, com o primado da fé individual em Lutero, na linha de Santo Agostinho, e com a predestinação de Calvino, dera à razão um lugar significativo. E depois da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), a liberdade religiosa ganhou importância – nascendo a tendência para o reconhecimento da liberdade de opção religiosa, no sentido de ter e não ter religião,

terminando as guerras religiosas. Revelou-se, no entanto, necessário um exigente diálogo entre as religiões, pressupondo um conhecimento efetivo das mesmas. Daí a necessidade de não desvalorizarmos (nem de o absolutizarmos) o fenómeno religioso, no contexto da liberdade e do pluralismo.

Quando encaramos a liberdade religiosa e de consciência e a laicidade, damos destaque simultaneamente ao carácter não confessional dos modernos Estados de Direito, salientando que o pluralismo tem uma natural consequência na separação entre as Igrejas e o Estado, na liberdade religiosa e no direito a não se perseguido por ter determinada crença religiosa. O próprio cristianismo reconheceu desde muito cedo a separação das esferas espiritual e temporal, designadamente na expressão “dai a Deus o que é de Deus e a César o que é de César”, o que marcou profundamente a evolução das sociedades ocidentais. Contudo, só na contemporaneidade a Igreja Católica assumiu formalmente o reconhecimento da liberdade de consciência e da liberdade religiosa, pontos fortes e originais do Concílio Vaticano II.

Perante a tentação cíclica do regresso da teocracia e do confessionalismo, importa deixar claro que a liberdade religiosa constitui fator fundamental do Estado de Direito. Em suma, a laicidade corresponde ao pluralismo e ao respeito mútuo, e o laicismo a uma ideia negativa em relação à religião. A laicidade corresponde à lógica democrática, exigindo e pressupondo um conhecimento mútuo da especificidade dos diversos fenómenos religiosos, no sentido de um verdadeiro diálogo ecuménico. Como afirmou Hans Küng só há paz entre as nações se houver paz entre as religiões. É certo que os fenómenos religiosos são sempre complexos, contudo revela-se essencial uma compreensão partilhada dos limites e das incertezas na construção de uma sociedade aberta, baseada no respeito mútuo e na liberdade individual, respeitadora dos limites e das grandes dúvidas sobre a vida e a existência. No fundo, é a recusa da idolatria, em todas as suas dimensões, que está em causa.

Lembre-mos dos exemplos das religiões primitivas, onde encontramos narrativas que tentam explicar os grandes mistérios da natureza (criação, bem, mal, liberdade, determinismo, vida, morte...); no animismo, há uma simbiose entre a humanidade e a natureza, sendo o culto dos antepassados um modo de ligar as diferentes gerações. Lembremo-nos da Floresta Sagrada do Benim, onde se crê estarem as almas dos antepassados incorporadas nas árvores, e onde os Orixás protegem as pessoas dos fenómenos da natureza. O Candomblé de Salvador da Bahia corresponde a um sincretismo religioso, que une as influências do animismo e do cristianismo – o orixá Oxalá figura Jesus

Cristo, o Senhor do Bonfim, Iemanjá é a Virgem Maria, e Iansã Santa Bárbara (como vemos no filme “O Pagador de Promessas”, de Anselmo Duarte, 1962). Por outro lado, também o hinduísmo tem uma grande capacidade sincrética de integrar diversas influências: crê na reencarnação e diferencia várias castas, que correspondem a uma caminhada no sentido da perfeição ao longo de diversas vidas. Encontramos ainda o politeísmo greco-latino nas obras clássicas, ou em “Os Lusíadas” de Camões, unindo os maravilhosos pagão e cristão. E nas três religiões do Livro, Judaísmo, Cristianismo e Islão, temos uma Teologia bastante estruturada, na qual Deus de Abraão, Isaac e Jacob se revela e se define perante Moisés, enquanto Jesus Cristo é Filho de Deus para os cristãos e, como Maomé, profeta para os muçulmanos.

Os reptos da Razão Ilustrada correspondem à necessidade de reflexão racional e de sentido crítico. Enquanto a modernidade procura um sentido necessário de progresso, a pós-modernidade faz convergir fatores diversos e complexos, que já não se baseiam nas grandes narrativas. No triângulo valor / norma / facto encontramos a exigência de ligar as normas a um fundamento de índole ética. Daí que a interpretação da lei obrigue a um vaivém, do valor para a norma, da norma para o valor, da norma para o facto, do facto para o valor e da norma para o facto. Nesta teia complexa e dinâmica, somos conduzidos à compreensão do valor ético como base da norma e do facto como evidência que permite apreender a distância e a proximidade entre o dever ser e a realidade concreta. Deste modo a legitimação corresponde ao processo que permite adequar a vida jurídica e social à lei e à justiça – lei geral e abstrata para todos e justiça como valor moral. A legitimidade é a qualidade do poder que é reconhecido, antes do mais por quantos constituem a base comunitária na vida dessas pessoas. A filosofia política afirma, assim, que a sociedade humana para funcionar precisa de se encontrar legitimada, o que acontece de dois modos: pela legitimidade do voto livre e universal e pela legitimidade do exercício e da ação, como prestação de contas e responsabilidade pessoal. Numa palavra, para além do primado da lei e da salvaguarda da justiça, importa que haja um processo aceite de legitimação, de modo que haja uma mediação legítima e justa por parte das instituições. As pessoas e os cidadãos devem, assim, ser participantes, ter representação, e sentirem-se protagonistas relevantes a fim de que a sociedade funcione, e para que haja uma verdadeira partilha de responsabilidades. Daí a importância de um contrato social baseado na singularidade e na dignidade da pessoa humana. Somos imperfeitos, mas perfectíveis.

A justificação dos direitos legítimos leva-nos a pensar no respeito e na salvaguarda dos direitos e deveres fundamentais. E ao lermos a Declaração Universal dos Direitos Humanos compreendemos que se “todos

os Seres Humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” temos de ligar intimamente os direitos e os deveres ao longo de toda a vida. Afinal, a relação entre direitos e deveres pode comparar-se ao direito e ao avesso de um belo tapete de Arraiolos. As linhas com que se tecem os dois lados são exatamente as mesmas. Acontece, porém, que tudo parece organizado no direito e desorganizado no avesso – contudo, não há a beleza do desenho do tapete sem o complexo trabalho do artífice, que está expresso na complexidade do que fica para ver.

O mesmo se passa na relação entre direitos e deveres – a cada direito corresponde um dever, e a cada dever corresponde um direito. O direito e o avesso são incindíveis. Daí que a democracia seja baseada na liberdade igual e na igualdade livre (como afirmou Norberto Bobbio), bem como na “igual consideração e respeito por todos” (Ronald Dworkin). Também a igualdade e a diferença são faces de uma mesma moeda. Todo o ser humano tem capacidade para gozar os direitos fundamentais.

O direito à vida, à liberdade e à segurança individual têm de ser respeitados por todos e para todos. A justiça é encarada como equidade (como afirma Rawls), mas também como realidade complexa (Michael Walzer) e dinâmica. O direito à personalidade jurídica, à nacionalidade ou a uma cidadania inclusiva, bem como a liberdade de consciência, a livre expressão do pensamento e o direito de associação têm de ser salvaguardados. A proibição da escravidão e da tortura, o direito a uma justiça independente, a presunção da inocência antes de condenação legal, a proteção da intimidade e da vida privada, o direito a não ser perseguido e a pedir asilo político, o direito à cobertura de riscos sociais, o direito ao trabalho e à livre escolha de emprego, o direito a uma remuneração justa, a proteção à maternidade e à infância, o direito à educação e à formação, o direito de participação política e social – tudo são determinações que poderão permitir o respeito pela dignidade humana. Falar do valor do respeito mútuo ou da identidade como reconhecimento obriga, afinal, a considerar a vida humana como um valor inviolável, fundamento ético essencial.

O Estado de Direito é uma noção em movimento. Temos de compreender as novas realidades, dando-lhes um sentido humano. Não basta falar de tolerância, como uma espécie de indiferença mútua. O que importa é ter um sistema de valores baseado na liberdade e no respeito mútuo. Como tem afirmado Charles Taylor: «Uma democracia é um regime de direito, que é algo superior à tolerância» Importa saber se somos capazes de manter um verdadeiro regime de direito. Caso contrário, a melhor solução disponível é pelo menos garantir a tolerância. Contudo, «o objetivo deve ser uma democracia na qual todos tenham

o direito de expressar sua opinião, votar como quiserem, praticarem a religião que aceitarem». Assim, o Estado de direito não desaparecerá, devendo estender-se a todo o planeta... Provavelmente haverá avanços e retrocessos, mas o fundamental é considerar a pessoa humana no centro da organização de uma sociedade em que todos os seres humanos sejam livres e iguais em dignidade e direitos.

Alexandre Herculano: um Emérito Jurista?

Alexandre Herculano: an Honourable Jurist in his own Right?

J. F. SALAZAR CASANOVA

Juiz Conselheiro jubilado do Supremo Tribunal de Justiça¹

SUMÁRIO: A Dimensão Humana de Alexandre Herculano. Conceitos de jurista. O Caso. Observações jurídicas quanto à nulidade do testamento. Observações jurídicas quanto à incapacidade legal do herdeiro. Síntese. Evolução legislativa e jurisprudencial. O Direito ao serviço do Historiador.

RESUMO: Este artigo debruça-se sobre o nosso grande historiador e romancista Alexandre Herculano, homem do século XIX que não tinha estudos superiores, mas agora perspetivando o seu reconhecimento como jurista numa aceção que não restrinja o conceito ao profissional do Direito. Expõem-se sucintamente os argumentos de Alexandre Herculano em confronto com os que constam de uma sentença cível e de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça inseridos em extensos comentários que revelam os seus sólidos conhecimentos jurídicos. Dá-se notícia da evolução jurisprudencial no tocante à interpretação do §21 da Lei de 9 de setembro de 1769 e assentos subsequentes da Casa da Suplicação e do entendimento que veio a ficar consagrado no Código Civil de 1867 sobre as matérias que foram objeto dos aludidos comentários. É evidenciada a prolífica ação de Alexandre Herculano na sua participação na elaboração e revisão do Código Civil de 1867 e o reconhecimento prestado por grandes juristas portugueses ao seu enorme saber jurídico. Conclui-se reconhecendo que Alexandre Herculano, um dos maiores vultos

¹ Associado do Círculo Cultural do Supremo Tribunal de Justiça.

da cultura portuguesa de todos os tempos, merece ser reconhecido como jurista emérito.

ABSTRACT: This paper focuses on the acclaimed nineteenth-century Portuguese historian and novelist Alexandre Herculano who, despite not having a law degree, deserves to be recognised as a jurist in a broad sense that does not restrict the concept to legal professionals. Herculano's arguments are briefly set out against those contained in a judgement of a court of first instance and of the Supreme Court. They are embedded in extensive comments that reveal his sound legal knowledge. The evolution of case-law regarding the interpretation of the §21 of the law of 9 September 1769 is reported as well as the subsequent decisions of the *Casa da Suplicação*. The understanding that came to be enshrined in the Civil Code of 1867 on the issues that were the subject of the aforementioned comments is also addressed. This paper highlights Herculano's prolific participation in the drafting and revision of the Civil Code of 1867. It also shows how his vast legal knowledge was acknowledged by renowned Portuguese jurists. It concludes by claiming that Herculano, one of the greatest figures of Portuguese culture of all time, undeniably deserves recognition as an honourable jurist / a learned jurist.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento. Instituições Pias. Herança a favor da alma. Corporações de mão morta

KEY WORDS: Testament. Pious Institutions. Inheritance in favour of the deceased's soul. Mortmain corporations

A DIMENSÃO HUMANA DE ALEXANDRE HERCULANO

Alexandre Herculano de Carvalho e Araújo nasceu em Lisboa no dia 28 de março de 1810 e faleceu em Vale de Lobos no dia 13 de setembro de 1877.

Alexandre Herculano, se não é o maior historiador português de sempre, está seguramente no pódio dos maiores. É também um notável poeta, um dos nossos maiores romancistas – “formou-se inteiramente dentro do Romantismo”^{2 3} e é considerado o introdutor do romance histórico em Portugal.

² Ver ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA e ÓSCAR LOPES, *História da Literatura Portuguesa*.

³ Nota prévia: nas transcrições de textos reproduzimos sempre a ortografia utilizada no texto reproduzido.

Dizer isto, porém, não nos dá a dimensão do homem que, integrando o corpo dos 7500 expedicionários do Mindelo, se emocionava quando, “de um teso, por cujo cimo passava a estrada, descobrimos os campanarios e os edificios mais elevados de uma grande cidade – era o Porto. – Ali estavam todas as nossas esperanças⁴”; emoção que não o tolhia de oferecer a vida pela liberdade, apresentando-se sempre voluntariamente “em todas as ocasiões de fogo em que entrou o seu regimento, apesar de se achar dispensado⁵”. Do homem que, sem se desviar das suas convicções, se revoltava com a miséria das esfomeadas freiras do Lorvão: “o homem que vê o que eu vi e abafa no peito o grito de indignação ou é um malvado ou é um covarde e eu espero não merecer jamais nenhum desses títulos⁶”. Do homem que sobre a instrução⁷ afirma que “virá um dia em que nos códigos políticos se atendam os sãos princípios e se escreva: ‘A Constituição considera o ensino geral como garantia da sociedade e do indivíduo: o Estado é obrigado a assegurá-lo e mantê-lo em todo o seu complexo; os cidadãos a aceitá-lo no que ele representar de garantia social’”. Do homem que em 1838 afirma ser “a pena de morte um absurdo. Tudo aquilo em que a sociedade limita a nossa liberdade, ofende os nossos interesses particulares, nos causa pena ou dor, são direitos cedidos pelo indivíduo que se resolve a dá-los em troca de outros bens que a sociedade lhe oferece. Nesta cessão nunca poderá entrar o direito sobre a própria vida, porque ninguém o tem para lhe pôr termo; portanto no pacto tácito do indivíduo com a totalidade nunca poderá entrar a transmissão de um direito que não existe. Se quereis legitimar a pena de morte, legitimais primeiro o suicídio⁸”.

E muitos exemplos, porventura ainda mais marcantes, poderíamos dar sobre a fibra moral, a coragem, a dignidade, a humanidade de Alexandre Herculano.

Alexandre Herculano conjuga a força que vem de um espírito reto⁹ com um saber imenso, incluído o saber jurídico.

⁴ ALEXANDRE HERCULANO, *Cenas de um Ano da Minha Vida* in p. 57.

⁵ VICENTE FERRER NETO PAIVA, “Elogio Histórico de Alexandre Herculano”.

⁶ ALEXANDRE HERCULANO *Opúsculos I*, “As Freiras de Lorvão. 1853. A António de Serpa Pimentel” in p. 130.

⁷ ALEXANDRE HERCULANO, *Opúsculos III*, “Instrução Pública (1841)” in p. 89.

⁸ ALEXANDRE HERCULANO, *Opúsculos III*, “Da Pena de Morte (1838)” in p. 31.

⁹ “A obra de Herculano revela as suas qualidades nativas: a hostilidade a toda a docilidade servil, a mais tenaz e escrupulosa fidelidade ao que julgava a verdade histórica [...] a

Não se vê divergência ou dúvida de que Alexandre Herculano, pelos seus escritos, é um historiador, um poeta, um romancista.

CONCEITOS DE JURISTA

Mas deveremos reconhecê-lo como jurista?

Se o seu conhecimento profundo das leis que no seu tempo regiam, e daquelas que no passado vigoraram, levou a que fossem introduzidas alterações profundas na lei civil (v.g. o casamento civil), se sobre vários temas de direito (regime agrário¹⁰, águas¹¹, propriedade intelectual¹², etc.) elaborou estudos e projetos de lei e textos controversos, sustentando as suas posições com forte argumentação jurídica, se decisões judiciais foram comentadas com ampla fundamentação, como não deixar de reconhecer em Alexandre Herculano um eminente jurista posto que não fosse um profissional de direito?

Um conceito de jurista, numa aceção que se haja por mais completa e nobre, que assim o considere quem seja em eminente grau um técnico ou profissional do Direito que participa da superior ideia de Direito, excluirá Alexandre Herculano que não tinha estudos superiores; excluirá, seguramente, um rol vastíssimo de profissionais, pois afinal “de acordo com este entendimento, o jurista é mesmo uma coisa muito rara...¹³”.

Sustenta-se, porém, e aqui já a perspectiva é diversa, que Alexandre Herculano não era um perito, pois o que surge, nos comentários que

gravidade solene, um singular poder descritivo, uma habilidade excepcional na reconstrução conjectural de episódios históricos, e, não raro, um admirável espírito crítico e até espírito de jurista – ele que nunca aprendeu o Direito” (CAEIRO DA MATA, “Oração de Abertura *“in ‘História de Portugal’ de Alexandre Herculano. Comemoração do Centenário da Primeira Edição*).

¹⁰ ALEXANDRE HERCULANO, *Opúsculos*, II, “Projecto de Decreto” (1851).

¹¹ Ver Sessões de 12 de dezembro de 1860, de 18, 20 e 25 de março de 1861 e ainda de 1, 6 e 8 de abril de 1864 das *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Projecto de Código Civil Portuguez sobre o Projecto de Substituição da secção 2.ª ‘Das Aguas’ do Capítulo IV do Projecto*.

¹² ALEXANDRE HERCULANO, *Opúsculos* I, “Da Propriedade Literária e da Recente Convenção com a França. Ao Visconde D’Almeida Garrett (1851)”.

¹³ MARTIM DE ALBUQUERQUE, “A Formação Jurídica de Herculano. Fontes e Limites”, p. 344.

fez a decisões judiciais, “é o homem de cultura, de experiência, o homem de bom senso¹⁴”.

Justifica-se, por isso, revisitarmos este tema, o de saber se os juristas podem fundadamente acolhê-lo no seu seio como emérito jurista, posto que não comparável em grandeza ao historiador ou ao romancista que foi.

E quando falamos em juristas, incluímos, além dos profissionais do Direito e dos cultores da ciência jurídica, todos aqueles que evidenciaram e projetaram o seu saber jurídico em obra de reconhecido mérito.

A análise do comentário que Alexandre Herculano fez a uma decisão judicial, num caso que dizia muito ao comentador, parece-nos interessante enquanto singelo contributo para esta temática.

Vejamos então.

O CASO¹⁵

A testadora Maria da Conceição, no seu leito de morte, declarou perante o notário as disposições da sua vontade que aquele ia assentando nas notas de Livro do qual foi extraída certidão.

Nesse público Instrumento de Testamento, que consta do Livro de Notas como sendo princípio de testamento, a testadora instituiu “por seu único e universal herdeiro de todos os seus bens, direitos e ações o Hospital de Jesus Cristo desta Vila de Santarém com a obrigação de o mesmo hospital sustentar, vestir e calçar decentemente, enquanto vivo for, o seu irmão”.

Deixou por sua alma cem mil réis de missas de esmolos de duzentos e quarenta réis cada uma; deixou ainda legados.

Dessa certidão consta a menção das seis testemunhas que presenciaram o ato e assinaram o documento e nela expressamente se refere que “quando o testamento se achava nestes termos deu um ataque na

¹⁴ MARTIM DE ALBUQUERQUE, *loc. cit.* p. 344.

¹⁵ A sentença de 1 de outubro de 1859 e o comentário de Alexandre Herculano estão publicados, juntamente com peças do processo e o texto do designado “Princípio do Testamento” nos *Opúsculos III*, pp. 217- 250.

testadora, findo o qual morreu neste acto, sem que o presente testamento se chegasse a concluir”.

Considerando que as ditas disposições, para sua validade, carecem de redução a pública-forma, o Hospital pediu a citação do irmão da testadora para alegar o que tivesse a opor à pretendida redução.

Houve oposição por embargos, considerando-se que não houve testamento; ainda que houvesse, a sua redução não era possível porque a testadora não quis testar nuncupativamente, mas nas notas, e quem escolhe uma forma renuncia às outras; tal ato, enquanto praticado nas notas, é nulo por omissão de formalidades, por não lido nem declarado lido às testemunhas.

Mais se considerou que a redução era impossível, porque o juiz não pode julgar contra lei e direito expresso e é contra aquela e contra este instituir por herdeiro uma corporação de mão morta como é o Hospital de Santarém.

A sentença julgou a ação procedente, julgando “válido e publicado o testamento”.

Uma sentença com argumentação impressionante¹⁶.

Os argumentos, tanto de ordem substantiva como processual, foram objeto de uma exaustiva análise crítica por parte de Alexandre Herculano¹⁷.

Acrescente-se que a sentença proferida é uma sentença que está elaborada com uma argumentação atraente e razoável quando procura, por um lado aproveitar a vontade da testadora expressamente manifestada nas cláusulas do (princípio de) testamento cuja redação, no tocante às atribuições efetuadas, se evidencia definitiva, radicando a incompletude essencialmente na omissão de formalidades. Terá sido porventura a percepção de que a testadora manifestou integralmente a sua vontade quanto ao destino dos seus bens, assim se nos afigura,

¹⁶ Alexandre Herculano despreza profundamente tanto a sentença aqui tratada como o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de abril de 1860. Palavras duras, a nosso ver, reveladoras da ténpera de Alexandre Herculano, da sua veia polemista que invade o comentário, mas que não nos deve perturbar na apreciação dos seus méritos jurídicos: ver *Cartas*, Livraria Bertrand, Tomo II, 4.ª edição, p. 255.

¹⁷ Não iremos aqui expor toda a argumentação crítica de Alexandre Herculano, mas tão somente aquela que temos por essencial para a compreensão das questões em discussão.

o que levou a sentença a optar por reconhecer que estava perante um testamento válido posto que formalmente inacabado¹⁸.

Argumentação também impressiva, por outro lado, quando introduz restrição ao entendimento de que é inválida a instituição de ordem, irmandade ou corporação como herdeira por se presumir, quanto a elas, que houve instituição de alma por herdeira, instituição esta que a lei não consente.

Restrição essa bem referenciada na sentença quando diz que a intenção do legislador da lei de 9 de setembro de 1769 §21 quando priva a Igreja e o Clero do aumento da riqueza, que podiam alcançar por meio de heranças, as disposições da lei que assim o determinam “não podem ser entendidas e aplicadas senão às corporações eclesiásticas e de nenhum modo às corporações e estabelecimentos seculares da Administração e seculares no fim e objeto da sua instituição”.

Nesta perspectiva, a análise da sentença não se nos afigura um exercício fácil, o que, a nosso ver, mais evidencia o apurado nível das observações de natureza jurídica expostas por Alexandre Herculano.

OBSERVAÇÕES JURÍDICAS QUANTO À NULIDADE DO TESTAMENTO

E logo do ponto de vista processual, Alexandre Herculano evidencia que a sentença condenou em coisa diversa do pedido, incorrendo no que hoje se qualificaria de nulidade (artigo 615.º, n.º 1, alínea e) conjugado com o artigo 609.º, n.º 1 do Código de Processo Civil de 2013¹⁹), porquanto “dizendo a petição do hospital (que aqui faz as parte do libelo) que Maria da Conceição testou nuncupativamente, e pedindo só a redução desse testamento, é claro que o julgador não tinha a decidir, em tese, como é que Maria da Conceição testou, mas, em hipótese, se testou ou não testou nuncupativamente”.

¹⁸ A sentença não declara essa percepção. Mas ela “pressente-se” na busca de uma solução que aproveitasse as disposições testamentárias que o *de cujus* declarou ao notário, equiparando-se a situação ocorrida em que o notário é chamado ao leito de morte do testador para lavrar o testamento, no caso concreto não concluído, à situação do testamento hológrafo a que alude o artigo o §3.º do Livro 4.º, título LXXX das Ordenações.

¹⁹ Herculano não deixa de referenciar o Livro 3.º, Título LXVI das Ordenações que diz “o julgador sempre dará sentença, conforme ao libelo, condenando ou absolvendo, em todos ou em parte, segundo o que se achar provado pelo feito”, ou seja, não pode julgar *ultra vel extra petita partium no libelo*.

Na verdade, o pedido deduzido de redução funda-se no §4.º do Livro 4.º, Título LXXX das Ordenações²⁰ que diz:

«E poderá o Testador ao tempo de sua morte fazer testamento per palavra, ou ordenar de seus bens per alguma maneira, não fazendo disso scriptura alguma.

E neste caso mandamos que valha o testamento com seis testemunhas; no qual numero serão contadas assi as mulheres como os homens, por ser feito ao tempo da morte.

Porém convalescendo o Testador da dita doença, o tal testamento será nullo e de nenhum effeito».

O Tribunal, porém, considerou que estava face, não a um mero testamento oral, de viva-voz ou nuncupativo²¹, mas diante de um testamento feito nos termos do §3.º do referido Livro 4.º, Título LXXX das Ordenações, que diz:

«E se o testamento fôr feito pelo Testador, ou per outra pessoa privada, e não tiver instrumento publico de aprovação nas costas, nem fôr feito per Tabellião, esse Testador, per cuja mão fôr feito, ou assinado o testamento, e bem assi qualquer outra pessoa, per cuja mão fôr feito e assinado, seja havido em lugar de Tabellião, de maneira que com esse Testador, per cuja mão fôr feito, ou assinado, ou com a pessoa privada, que o fizer, ou as-

²⁰ As Ordenações consultadas, de onde reproduzimos as disposições transcritas no texto, são a edição digitalizada das *Ordenações Filipinas*, edição da Fundação Calouste Gulbenkian, reprodução 'fac-simile' da edição feita por CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, Rio de Janeiro, 1870, com nota de apresentação de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA.

²¹ Refira-se que na sessão de 17 de novembro de 1862, constante das atas das sessões da Comissão Revisora do Projeto do que viria a ser o Código Civil de 1867 e em que participou Alexandre Herculano, resolveu-se que não haja testamento nuncupativo, deliberação que foi aprovada por maioria nesta incluído Alexandre Herculano. E também se resolveu que não seria admitido o testamento hológrafo a que se referia o artigo 2094.º e § do projeto. Prescrevia este artigo o seguinte: "se o testador tiver o seu testamento escripto e assignado por seu próprio punho, poderá apresental-o, e declarar, na presença de trez testemunhas idoneas, como aquella é a sua ultima vontade, e valerá como se a disposição fosse approvada por official publico, com tanto que uma das testemunhas lance por termo a data, e declaração do testador, e todas assignem por extenso.

§ único. Esta disposição não carece de ser reduzida a publica fôrma, e produzirá o seu effeito, em quanto não fôr convencida de falsidade, ou não fôr annullada segundo os princípios geraes".

sinar, sejam seis testemunhas: as quaes testemunhas assinarão no testamento, sendo primeiro lido perante ellas, e serão varões maiores de quatorze annos, e livres, ou tidos por taes.”

E neste caso, quando fôr feito pelo Testador, ou per outra pessoa privada sem instrumento publico nas costas, deve tal testamento ser publicado depois da morte do testador per auctoridade de Justiça, citando as partes, a que pertencer, segundo fórmula de Direito».

Alexandre Herculano salienta que “a razão desta última disposição é porque, não havendo uma pessoa de fé pública – o tabelião – que firme o acto; e dizendo-se que esta é a vontade doutra pessoa que não pode ser já ouvida, nem protestar contra qualquer falsidade aí talvez cometida, quis a lei que aquela fosse suprida por uma sentença dada entre as partes ouvidas com seu direito, segundo as regras estabelecidas pela mesma lei”.

E, bem certo é, nenhuma das circunstâncias previstas se verificava, pois não faltava o tabelião, não ocorreu leitura do testamento, porque testamento concluído não havia e, ainda que houvesse leitura desse princípio de testamento, ela devia declarar-se conforme Ordenação, Livro 1.º, Título LXXVIII, §4.º.

O Tribunal não justificou, de uma forma direta, a razão por que não dava relevo à incompletude do princípio de testamento, fazendo-o equivalecer a um testamento completo; mas avançou com uma argumentação que visava considerar aquele testamento, não obstante incompleto, um testamento válido e em conformidade com a vontade da testadora.

Refere a sentença que “faz testamento todo aquele que, socorrendo-se das fórmulas de que a lei quis que este acto seja revestido, declara e exprime a sua vontade perante um certo número de pessoas, pois que é na expressão da vontade do testador que consiste o testamento exigindo a lei da parte do mesmo testador – liberdade de vontade – capacidade civil – e capacidade moral – consistindo nestas três condições as solenidades chamadas – *internas* – dos testamentos”.

Ora, segundo a sentença, estas condições verificavam-se, versando toda a questão somente quanto à forma.

A este respeito a sentença, afirmando a protecção do legislador ao direito e à liberdade de testar, considera que, não exigindo a lei escritura pública para a validade do testamento, a prova deste, tal como em todos os casos em que a escritura não é exigida, basta-se com a prova

testemunhal, pois que a escritura não constitui formalidade *ad substantiam*, mas tão só *ad probationem*.

Assim, a partir de um conceito de testamento que o considera a expressão livre e consciente da vontade do testador provada por testemunhas que assinaram juntamente com o tabelião presente as disposições escritas no livro de notas, o documento em causa, segundo a sentença, corporiza testamento válido e publicado em conformidade com o §3.º do Livro IV, Título LXXX das Ordenações²².

Alexandre Herculano obtempera que as solenidades pedidas a mais nos testamentos são formalidades *ad substantiam* e não *ad probationem*, apoiando-se em Coelho da Rocha.

Aduz que a escolha quanto ao modo de testar não é livre – a sentença sustentou que a lei não exclui um modo de testar pelos outros – pois, havendo tabelião no distrito para fazer o testamento público ou o cerrado, de que falam os §1.º e 2.º, não se pode escolher o modo contemplado no aludido §3.º

Insiste em que o pedido de publicação judicial de testamento efetuado nos termos do §3.º não se pode fundamentar em peça não concluída.

Explicou nos termos anteriormente sobreditos a razão de ser dos testamentos feitos nos termos do § 3.º (hológrafos, porque escritos, não pelo notário, mas pelo testador²³) ou § 4.º (por palavra ou nuncupativo).

²² Não nos cumpre aqui ponderar se a sentença julgou bem, pois nos importa atentar na argumentação exposta e sua valia. Diremos, no entanto, que a sentença terá assimilado a situação em que o tabelião esteve presente, mas o ato notarial não se concluiu por morte da testadora, à situação prevista no §3 do Título LXXX das Ordenações; terá, assim, considerado que o tabelião aqui não teria papel diverso, na sua intervenção, do caso em que há testamento feito por outra pessoa, estando verificadas as demais formalidades (assinatura das seis testemunhas); terá considerado ainda a vontade da testadora totalmente expressa e concluída, realidade esta de facto deduzida da análise do próprio documento que estava nos autos que suportaria o pedido deduzido enquadrável tanto no §3 como no §4 que reclamavam o reconhecimento público e publicado do testamento; a ser assim, ficaria afastado o argumento da violação do princípio do pedido por nos situarmos numa questão meramente jurídica de aplicação do Direito e não numa alteração da causa de pedir nem do pedido. Certo é que ainda hoje, analisado que fosse o caso à luz das disposições processuais atuais, similares às de então, suscitar-se-iam sérias dúvidas. A sentença, note-se, não avançou *expressis verbis* por este caminho, não sendo, obviamente, de exigir ao comentador que argumentasse contra fundamentação não declarada.

²³ Refira-se que o testamento cerrado, contemplado no §1.º do Título LXXX, também é hológrafo, mas carece de instrumento de aprovação “nas costas do próprio testamen-

Evidenciou, como se disse, que, no caso, nenhuma das exigências da lei se verificava: não faltava o tabelião, não há leitura do testamento às testemunhas por impossibilidade dada a morte da testadora no decurso do ato, do documento consta que as assinaturas das testemunhas não estão aí para sancionar a verdade das disposições, mas para sancionar a verdade da declaração feita pelo tabelião sobre a morte da testadora.

Finalmente, considerando que a sentença afirmara que “o testamento estava feito pelo modo que a testadora quis que se fizesse”, Alexandre Herculano interroga-se:

“Então que modo foi esse? Era bom que a sentença o dissesse, porque, tendo dito que se pode fazer testamento de quatro modos, pretendendo os do Hospital reduzi-lo como nuncupativo e acrescentando ainda a mesma sentença: ‘É claro que o testamento não pode deixar de ser tido na conta de *público e publicado*’ ficamos sem saber que espécie, ou modo foi esse que a testadora quis. Especialmente se notarmos que é testamento público na frase dos nossos praxistas, o feito nas notas, e testamento publicado o feito por particular de que fala o §3.º da Ord., do Liv. 4.º, tit. 80, que citamos”.

OBSERVAÇÕES JURÍDICAS QUANTO À INCAPACIDADE LEGAL DO HERDEIRO

A segunda grande questão suscitada consistiu em saber se o Hospital de Jesus Cristo podia ter sido instituído herdeiro ou, por outras palavras, se dispunha de capacidade sucessória face à lei então vigente.

Prescrevia o §21 da Lei de 9 de setembro de 1769²⁴:

«§21. – Ao mesmo tempo foi na Minha Real Presença ponderado que as propriedades das casas, os fundos de terras, e as Fazendas, que forem creadas para a subsistencia dos vivos, de nenhuma sorte podem pertencer aos Defuntos : Que nem ha razao alguma, para que qualquer homem, depois de morto, haja de

to”; hoje, de modo similar, o testamento cerrado carece, para ser válido, de aprovação notarial (artigo 2206.º do Código Civil).

²⁴ O §21 da Lei de 25 de junho, a seguir parcialmente transcrito no texto, está reproduzido na Lei de 9 de setembro de 1769, que ampliou aquela, a fls. 1038 dos aditamentos ao IV Livro das Ordenações Filipinas; ver restante texto da Lei de 9 de setembro a fls 1057 e seguintes; foi suspensa por Decreto de 17 de julho de 1778 (ver fls 1038 acima mencionada) e reposta por alvará de 20 de maio de 1799.

conservar até o dia de Juizo o domínio dos bens, e fazendas, que tinha quando vivo. Que menos a pode haver, para que o sobredito homem pretenda tirar proveito do perpétuo incommodo de todos os seus successores até o fim do Mundo : Que se isto assim se admittisse, não haveria hoje em toda a Christandade, hum só palmo de terra que podesse pertencer à gente viva, a qual da mesma terra se deve alimentar por Direito Divino estabelecido desde a criação do Mundo: [...].

Que a tudo o referido acresce fazerem os sobreditos encargos, com que as Casas, e Fazendas das sobreditas Capellas se achem na maior parte já perdidas, deturbando as Povoações do Reino com montes de ruínas, e privando a Agricultura dos seus fructos com prejuízo publico.

E attendendo a estas justas cousas: estabeleço por huma parte, que todas as disposições, e convenções *causa mortis*, ou *inter vivos*, em que fôr instituida a Alma por herdeira sejam nullo, e de nenhum effeito: estabeleço por outra parte, que os bens de todas as Capellas, ou Anniversarios cujos rendimentos, depois de deduzidos os encargos, não importarem em cem mil reis annuaes, e d'ahi para cima nesta Minha Corte, e Provincia da Extremadura, sejam reputados, e Julgados por bens livres, e desembaraçados, não obstante as Vocações ou clausulas das Instituições; pelas quaes os referidos bens se acharem vinculados, e assim abusivamente tirados do commercio humano contra a utilidade publica».

Interpretando esta lei, o Assento da Casa da Suplicação, de 29 de março de 1770, dizia:

«A nulidade dos testamentos, conteúdo no §21 da Lei de 9 de setembro de 1769²⁵, comprehende os anteriores que ao tempo da publicação da lei se achavam pendentes, e igualmente os Legados deixados nos mesmos testamentos».

²⁵ *Collecção Chronologica dos Assentos das Casas da Suplicação e do Cível*, 4.ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1867, número de ordem 282; também em CCCXLI, p. 254 dos “Assentos das Casas da Suplicação e do Porto” em *Auxiliar Juridico*.

Fundamentando, dizia-se:

«[...] Foi proposto em duvida, se a Lei de 9 de setembro de 1769, §21, na parte, em que annulla todas as disposições, e convenções *causa mortis*, ou *inter vivos*, em que a Alma fôr instituida herdeira, se devia entender dos Testamentos anteriores á sua publicação, como tambem dos legados deixados nos mesmos testamentos. E venceu-se com pluralidade de votos, que se devia entender de todos os Testamentos, em que a Alma se achar instituida; o que se verifica tambem no caso de ser alguma Ordem, Irmandade ou Corporação instituida por herdeira, e testamenteira; os quaes estivessem pendentés, sem a sentença de quitação, se ter entregado aos testamenteiros, fossem ou não fossem feitas, e aprovados antecedentemente [...]».

Reconhece a sentença em sintonia com o Assento que

«o simples facto de se instituir por herdeira alguma ordem, irmandade ou corporação importa a presunção legal de que a alma fora instituída».

No entanto, logo se interroga:

«Mas quais são essas ordens, irmandades, ou corporações, cuja instituição importa a presunção legal da instituição de alma por herdeira?».

E prossegue a sentença:

«São, sem dúvida alguma, as ordens, irmandades e corporações religiosas que têm o culto por objeto e que não têm outro fim senão orar e rogar a Deus pelos vivos e defuntos, e estes eram os frades, os cabidos e as igrejas, era o clero e as irmandades dele, as igrejas, e mosteiros ligadas, e cujo poder e riqueza a lei queria coartar e diminuir por este modo, como outras leis o tinham feito.

Seremos nós tão insensatos que digamos que a lei ligou a presunção de instituição de alma à instituição de qualquer corporação de qualquer irmandade, seja de que natureza for, quer fosse secular, ou eclesiástica, quer tivesse por fim o bem dos corpos ou o bem das almas? Não são outras tantas corporações a Academia Real das Ciências, as Escolas médico-cirúrgicas, e outras muitas, que só cogitam do viver e da felicidade deste mundo, deixando a

outros o cuidado da salvação das almas? Em vista disto poderemos dizer que o homem, que instituir por herdeira uma dessas corporações, institui a alma por herdeira?».».

E mais adiante:

«Os hospitais, todos sabem, não são uma instituição eclesiástica, nem têm por fim e objecto o bem das almas, mas sim o bem dos corpos [...]. O caso não está nas intenções, nem nos pensamentos reservados de que a lei não cogita, está, sim, na natureza e qualidade da corporação instituída; se a corporação é religiosa, ou eclesiástica, a Lei presume que o instituidor instituiu a alma, quando a instituiu; e, pelo contrário, se a corporação é secular e profana, e destinada a usos seculares e profanos».

A sentença procedeu, pois, a uma interpretação restritiva da lei considerando o seu texto conjugado com o assento da Casa da Suplicação.

Vejamos como Alexandre Herculano rebateu este argumento essencial e, como se disse, muito impressivo.

Na sentença referiu-se que o referido §21 não diz o que é instituir a alma por herdeira ao que Alexandre Herculano contrapõe que instituir a alma por herdeira, como resulta do preâmbulo da lei, “é deixar o testador a herança absorvida na maior parte ou na totalidade por aplicações pias que lhe sejam úteis além do túmulo” é “levar os bens para a eternidade²⁶”.

Sustenta que não vislumbra sentença ou jurisprudência que restrinja a categoria dos institutos pios e em contrário a um tal entendimento restritivo refere o §41 do título LXII do Livro 1.º que diz²⁷:

«E por quanto em algumas instituições se mandam cumprir algumas obras pias, sem se declarar quaes são, declaramos que são Missas, Aniversarios, Resposos, Confissões, Ornamentos e Cousas que servem para o Culto Divino. E bem assim curar enfermos, camas para elles, vestir ou alimentar pobres, remir Cap-

²⁶ Saliente-se que, para Herculano, o “testador, incumbindo o testamenteiro de gastar a herança em sufrágios e obras pias por alma dele testador”, não faz mais, em verdade, do que instituir diretamente a alma por herdeira, referenciando que a lei “não obsta nem nunca obistou aos legados pios de uma quota de bens”.

²⁷ Ver fls. 126 do Livro I, Título LXII das Ordenações Filipinas.

tivos, criar engeitados, agazalhar caminhanes pobres, e quaesquer obras de misericordia semelhantes a estas [...]».

E cita ainda, em sentido contrário ao dito entendimento restritivo, o §6.º do Livro IV, Título LXXXI das Ordenações que trata da proibição testamentária dos condenados a morte natural na parte em que excepciona dessa proibição a disposição da terça para salvação do bem da alma, nestes termos:

“[...] queremos que quaesquer pessoas que por Justiça houverem de padecer, possam fazer seus testamentos para em eles somente tomarem suas terças e disporem dellas, distribuindo-as em tirar Captivos, casar orphãs, fazer esmollas aos Hospitaes, mandar dizer Missas e para Concerto e refazimento dos Mosteiros, e Igrejas [...]”.

As disposições testamentárias a favor dos hospitais assumem, pois, no entender de Alexandre Herculano, o carácter de bens de alma. Com efeito “a caridade que ocorre aos padecimentos físicos é uma espécie de sufrágio tão eficaz, talvez mais eficaz ao sentir dos santos padres que os officios do culto e as preces”. O intuito dos fundadores dos hospitais do Reino, anteriores à época em causa, foi o sufrágio, “tácita ou expressamente a própria salvação”.

Abona-se ainda Alexandre Herculano na doutrina: “Borges Carneiro coloca entre as corporações eclesiásticas ou pias as misericórdias, hospitais, confrarias, conventos, cabidos [...]. Gouveia Pinho enumerando as corporações de mão morta [...] reúne na mesma categoria os hospitais, hospícios, albergarias, misericórdias, confrarias, irmandades, fábricas de igrejas e outras semelhantes, distinguindo-as das corporações de mão morta seculares, como câmaras municipais, etc. [...], Pereira e Sousa, dividindo as corporações, como todos os juristas, em eclesiásticas e leigas, coloca entre as primeiras os hospitais e misericórdias”.

Salienta que a referida Lei de 9 de setembro de 1769, do consulado pombalino, é uma lei de proteção das famílias contra “as preocupações e terrores dos moribundos”, tendo sido caracterizada como de ordinário se caracterizavam as leis de amortização.

Contrapõe Alexandre Herculano ao argumento da sentença de que seria insensato ligar a presunção da instituição de alma a qualquer corporação fosse qual fosse a sua finalidade: “não seremos tão insensatos que liguemos a ideia de instituição da alma à instituição de herdeira de qualquer corporação; ligamo-la só à das corporações ou institutos que

as leis e a jurisprudência pátria classificam como eclesiásticos ou pios, e as misericórdias e os hospitais estão neste caso”.

Citando Borges Carneiro, refere que o sentido do vocábulo corporação é o sentido restrito, que é o da lei de 69 e dos assentos que a explicam, que “esta palavra corporações, geralmente na matéria de amortizações, se entende das eclesiásticas e pias para as quais somente foram desde o princípio promulgadas as leis sobre a amortização e só a respeito delas se pode considerar uma imagem de instituição de alma por herdeira”.

As corporações de que a lei trata, que se incluem nos institutos pios, tal o caso dos antigos hospitais e misericórdias, não são as associações criadas ao abrigo da iniciativa individual e, por isso, elas continuam a reger-se pelas leis antigas que “só devem vigorar pelo que toca às corporações ou associações que passaram para o novo regime com as condições com que até aí existiam”, ou seja, as corporações de mão morta “continuam a ser regidas pelas leis que lhes dizem respeito”.

Alexandre Herculano explica que a denominação de mão morta “nascera das terras servis que revertiam ao senhor por morte do colono que não as podia herdar a seus filhos [...] que, tendo-se aplicado essa designação aos bens do fisco, porque este permanecia perpétuo, embora o soberano falecesse, passou daí a designação para as igrejas e corporações, cujos membros não podiam testar o que possuíam em comum, e que em comum continuavam a possuir os que sobreviviam, perpetuando-se assim a posse na pessoa moral; criam que a qualificação de mão morta dizia respeito a uma relação de propriedade e a um modo de possuir”.

Alexandre Herculano demonstra seguidamente que a constituição do Hospital de Jesus Cristo remonta a 1426 e, no testamento que o institui, ordena-se que “nas suas casas se faça um hospital por minha alma, de meu pai e mãe, e pela de minha mulher Iria Afonso, e por todos aqueles a quem sou obrigado rogar a Deus. É uma instituição de alma expressa [...]”.

Por último invoca o artigo 1911.º do projeto do que viria a ser o Código Civil de 1867 que prescrevia:

«As igrejas, cabidos, confrarias e quaisquer estabelecimentos de caridade, beneficência ou instrução pública não podem adquirir por testamento senão a título de legado particular.

§ único. Os bens de raiz, que lhe forem deixados, serão alienados dentro de anno e dia, sob pena de os perderem em proveito da fazenda nacional»²⁸.

Adota este preceito um entendimento, prossegue Alexandre Herculanino, correspondente à doutrina dos antigos praxistas

«que recusavam o direito de herança por título universal a todas as corporações de mão morta sem excetuar as seculares».

SÍNTESE

Reconhecendo que uma síntese muitas vezes, por simplista na sua essência, acaba por incorrer em defeito, atrevemo-nos a dizer que a sentença raciocinou: assim: (a) se instituir a alma por herdeira implica a nulidade de todas as disposições e convenções, (b) se a instituição como herdeira de alguma ordem, irmandade ou corporação implica ter-se a alma por instituída, (c) se as instituições eclesiásticas são as que têm por fim e objeto os bens da alma (d) se o Hospital de Jesus não tem por objeto bens da alma (sufrágios, ofícios, culto da morte), mas bens do corpo (tratamento dos vivos), então a herança pode ser-lhe deferida, pois o Hospital não é uma instituição eclesiástica.

Alexandre Herculanino contrapõe: aceitando (a) e (b), temos então: (c) se instituir a alma por herdeira é destinar a herança a aplicações pias, (d) se os atos de beneficência, como a caridade dada aos que sofrem é sufrágio tão eficaz como o culto dos mortos, havendo aplicação pia, (e) se o Hospital de Jesus foi criado no século XV como instituição não secular por bem da alma do testador para aplicação pia, então a herança não lhe deve ser deferida, pois o Hospital é uma instituição eclesiástica.

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

Questão essencial a resolver era a de saber se misericórdias e hospitais constituíam ou não corporações de instituição eclesiástica.

Alexandre Herculanino referencia em seu favor o artigo 1911.^{o29} do projeto do que veio a ser o Código Civil de 1867 em abono do entendimento de

²⁸ A Igreja – artigo 37.º do Código de Seabra – é pessoa moral.

²⁹ Tenha-se em atenção que quando Alexandre Herculanino escreve o comentário (1860) ainda a comissão revisora do projeto do Código Civil não se tinha pronunciado sobre

que as instituições de beneficência não podiam herdar, apenas podiam ser legatárias; no entanto, o preceito que veio a ser aprovado correspondente a este artigo 1911.º foi o artigo 1781.º

Este preceito ficou assim redigido:

«As pessoas morais podem suceder por testamento, tanto a título de herdeiras, como de legatárias.

§ único. Excetuam-se as corporações de instituição eclesiástica, as quais só poderão suceder até o valor do terço da terça do testador».

E foi ainda introduzido o artigo 1775.º com a seguinte redação:

«Ninguém pode determinar que se consuma em sufrágios por sua alma mais do que o terço da terça dos bens que deixa».

A razão de ser desta disposição – explica Dias Ferreira *loc. cit.* – está em que a primeira não obstava a que o testador deixasse a várias instituições 1/9 da sua herança (= a um terço da terça), impondo-se, assim, que se prescrevesse um limite absoluto para as disposições a favor da alma.

este preceito, o que só veio a suceder em 10 de dezembro de 1862; nessa sessão, na qual esteve presente Alexandre Herculano, considerou-se que as corporações de instituição eclesiástica podem ser instituídas herdeiras ou legatárias em não mais do que a terça da terça do testador. A questão subsequente que se suscitou foi a de saber se “instituições de corporação eclesiástica” abrangiam todas aquelas a que se referia o artigo 1911.º do projeto, a saber: “Egrejas, cabidos, confrarias e quaisquer estabelecimentos de caridade, beneficencia ou instrucção publica” ou, pelo contrário, delas se deviam excluir os estabelecimentos de caridade, beneficência e instrução incluídos os casos em que a deixa tenha aplicação “especial a obras de beneficência a cargo de corporação eclesiástica, como para um hospital, sustentado por uma irmandade” (Ver análise da questão no comentário ao artigo 35.º do *Código Civil Portuguez Annotado* por JOSÉ DIAS FERREIRA, Volume I, Lisboa, Imprensa nacional, 1870 *in* cota do exemplar digitalizado SC-2282-V-5 *in* Biblioteca Nacional Digital.

A lei distingue a afetação de bens em sufrágios por alma do testador (artigo 1775.º do Código Civil de 1867) da afetação de bens para obras pias contemplada no artigo 1836.º do mesmo Código, que diz:

«O legado para obras pias, sem outra declaração, entender-se-á que é feito para obras de beneficência e caridade».

Analisando os trabalhos da comissão revisora da qual fazia parte Alexandre Herculano, que esteve presente na sessão em que se discutiu o que viria a ser o artigo 1781.º § único do Código Civil de 1867, afigura-se a Dias Ferreira que “a comissão sancionou a jurisprudência ultimamente seguida que restringia a faculdade de receber *mortis causa* unicamente às corporações cujo fim principal era tratar do serviço dos mortos³⁰”.

Não era diverso o entendimento da sentença, criticamente comentada por Alexandre Herculano, quando excluía das corporações de instituição eclesiástica os hospitais e as misericórdias porque naquelas se incluem as

«ordens, irmandades e corporações religiosas que têm o culto por objeto e que não têm outro fim senão orar e rogar a Deus pelos vivos e defuntos».

Não olvidemos, porém, que Alexandre Herculano argumentava à luz das disposições anteriores do Código de 1867, defendendo que a instituição de alma por herdeira abrangia tanto a aplicação dos bens ou rendimentos para o culto como para obras de beneficência, de assistência ou caridade.

A jurisprudência tinha, porém, evoluído no sentido que veio a ser consagrado no Código de Seabra.

Vejamos como argumentou o Supremo Tribunal de Justiça.

Os considerandos quinto e oitavo do Acórdão do STJ de 20 de abril de 1860³¹ diziam:

«Considerando que a disposição do assento da extinta casa da suplicação, de 20 de setembro de 1770, [*rectius*, leia-se de 29-3-1770] na sua ampliação da *instituição de alma por herdeira*

³⁰ DIAS FERREIRA, *loc. cit.*, Vol. I, p. 67.

³¹ O acórdão está publicado no Diário de Lisboa de 15 de maio de 1860, n.º 111 e respeita ao processo n.º 8:332 em que são recorrentes as misericórdias de Coimbra e de Estremoz e recorrido Joaquim António Teixeira Barbosa.

*às instituições de ordem e irmandade ou corporações, se deve tomar somente como de interpretação doutrinal extensiva, fundada nos princípios reguladores dela, conforme ao §11.º da Lei de 18 de agosto de 1769; e que portanto a palavra **corporações**, ali empregada, se deve entender das semelhantes a ordens ou irmandades com caráter e objeto puramente religioso; o que mais se confirma de um modo evidente no posterior assento de 5 de dezembro de 1770³², aonde já se encontram somente as palavras ‘**nulos todos os testamentos em que a alma**, ou qualquer irmandade, estivesse instituída herdeira’; suprimidas as palavras ‘**ordens ou corporações**’; cessando assim o argumento deduzido mais da letra do que do espírito do assento anterior [...].*

Considerando que, se não poderia, de modo algum contestar ao Estado a capacidade jurídica de adquirir por testamento, toda ou parte dos bens de alguém com o encargo de instituir, fundar, ou dotar uma, ou mais misericórdias, hospitais e semelhantes estabelecimentos, é repugnante negar-se essa capacidade a cada um desses mesmos estabelecimentos que tanto ***auxiliam a humanidade, e concorrem para a utilidade pública***, como se declara no citado alvará de 15 de março de 1880, bem como o quanto a causa pública interessa na sua conservação [...]».

Alexandre Herculano rebateu o argumento de que o assento ampliara o texto do §21 da Lei Novíssima de 9 de setembro de 1769, limitando-se o assento a mencionar categorias que caracterizavam a instituição da alma por herdeira; extensão ocorreria se fossem indicadas categorias e o assento acrescentasse outras, pois o assento “interpretando a lei não ampliou, porque a ampliação do absoluto e do indeterminado é impossível. Caracterizou unicamente coisas que a lei tinha deixado de caracterizar”.

Quanto ao facto de o assento de 5 de dezembro, quando remete para o assento de 29 de março de 1770, mencionar a nulidade dos testamentos em que “a alma, ou qualquer irmandade estivesse instituída herdeira”, deixando de fora a menção às Ordens e Corporações, Alexandre Herculano sustenta que essa omissão não implica revogação, porque o assento de 5 de dezembro não aclarava o anterior nesse ponto, mas numa

³² O assento de 5 de dezembro 1770 considera, interpretando, o assento de 29 de março 1770, que “a nulidade dos Legados, julgada pelo Assento de 29 de março de 1770, não compreende os Legados já cumpridos, nem as despesas já feitas pelos Testamenteiros legitimamente, e em boa fé”.

outra questão, a de saber se os legados já cumpridos ou as despesas feitas pelos testamentários estavam abrangidos pela nulidade declarada naquele assento de 29 de março.

No que toca ao quinto considerando, Alexandre Herculano sustenta que nenhum óbice se põe quanto à criação pelo Estado de institutos civis de beneficência ou outra, o que não pode nem o testador nem nenhum governo fazer é converter em instituto pio o instituto criado pelo Governo ou pelo testador.

Assinale-se que a jurisprudência avançou no sentido de uma interpretação, que hoje poderíamos considerar atualista da lei, considerando as finalidades prosseguidas pelas instituições que prosseguiam finalidades não religiosas.

Essa interpretação levava a um novo desenho do alcance objetivado da instituição da alma por herdeira, afastada a presunção que resultava do assento de 29 de março de 1770, presunção cujo âmbito não estava, diga-se, no seu objeto.

Alexandre Herculano defendia, nesta matéria, e seguramente noutras como é particular das doutrinas liberais tradicionais, um positivismo jurídico que é avesso à jurisprudência evolutiva que adapta e atualiza conceitos e assume interpretações que se afastam daquelas que o legislador tinha assumido e pensado quando da feitura da lei.

Dizer isto, no entanto, não retira o inegável mérito das observações de natureza jurídica que Alexandre Herculano suscitou.

Como se disse, e seguindo percurso diverso do de Alexandre Herculano, a nova legislação civil, que limitava os legados pios às obras pias, já quanto aos sufrágios incluía-os nas disposições a favor da alma.

Com efeito, conjugando as referidas disposições – artigos 1775.º e 1836.º – Dias Ferreira, *loc. cit.*, p. 67 observava:

«[...] O que se destina para **obras pias** entende-se feito para obras de caridade, artigo 1836.º, e não para se consumir em sufrágios. Por isso, o testador, nas deixas para obras pias, não está sujeito a restrição alguma, salvas as legítimas. O código fez bem em determinar a significação precisa das palavras **obras**

pias, que são de frequente uso nos testamentos, e cuja interpretação poderia dar lugar a grandes duvidas.

Por outro lado, fica também averiguado que as deixas para sufrágios, ou para obras de beneficencia e caridade, têm applicações inteiramente distintas.

Portanto em vista de todos os elementos que deixámos expostos, poderão definir-se corporações ecclesiasticas aquellas cujos fins principaes são religiosos, ou que se empregam principalmente no serviço espiritual ou em suffragar almas. [...]»³³.

Mercê desta distinção, é de entender que as disposições a favor da alma não se confundem com as disposições destinadas a obras de caridade e beneficência, aquellas têm um alcance restrito, designadamente orações no funeral, officios, exéquias e missas por ocasião da morte³⁴.

Assim sendo, no que toca a legados pios, nenhuma limitação ao direito de adquirir existia, por isso que se houve por exata

«a decisão de que a deixa de uma soma para obras na igreja do Bom Jesus do Monte, embora seja legado pio ou obra pia, não constitui sufrágios por alma do testador. De igual modo, bem julgado foi que são válidos e não estão sujeitos a redução os le-

³³ Refere ainda o mesmo autor, em anotação ao artigo 35.º do Código de Seabra, “que algumas corporações ecclesiasticas ha que, além das funcções spiritues, praticam actos de caridade e beneficencia. Mas estas circumstancias especiaes não destroem o character fundamental e a *natureza* propria d’essas corporações, e um dos quesitos votados pela comissão revisora foi que a excepção que forma hoje o § unico do artigo 1781.º deve resultar da *natureza* das pessoas moaes. Portanto as corporações de *natureza ecclesiastica*, se assim nos podemos exprimir, ou cujo fim é ecclesiastico, não podem ser instituídas em mais de um terço da terça do testador. Se porém a deixa tiver applicação especial a obras de beneficencia a cargo da corporação ecclesiastica, como para um hospital, sustentado por uma irmandade, é válida a deixa qualquer que seja o seu valor”.

³⁴ Nos sufrágios e respetivo limite legal inclui-se “não só as despesas de culto com o *funeral* (incluindo a missa solene de corpo presente) mas também os encargos posteriores com sufrágios por alma do falecido (*Código Civil Anotado*, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Vol VI, 1998, anotação ao artigo 2224.º), secundando DIAS FERREIRA – ver artigo 2116.º do Código Civil de 1867- que considera sufrágios as despesas com o funeral.

gados de esmolos aos pobres, embora onerem perpetuamente determinados bens»³⁵.

Nada obstava a que,

«se o legado ou herança fosse destinado para fins de beneficência, educação, instrução ou qualquer outro fim lícito, inclusive a mera sustentação do culto sem ser a título de sufrágio que as corporações eclesiásticas recebessem os bens, mesmo que o sejam a título de herança»³⁶.

Se a própria lei afastava aquela presunção precisamente porque as corporações eclesiásticas não têm por fim exclusivo o serviço dos mortos, bem podendo servir os vivos, era enorme a brecha aberta aos defensores do regime legal que visava a restrição dos bens de mão-morta.

Alexandre Herculano, quando pugna, fundando-se nas disposições anteriores ao Código Civil de 1867, recorde-se uma vez mais, pela equivalência dos legados pios a bens de alma, tinha plena consciência de que por elas deviam ser abrangidos todas as corporações e institutos que fossem eclesiásticos ou pios, ou seja, corporações de mão morta pois

«aberta a porta ao privilégio, à excepção por título de utilidade pública, essa porta, apenas descerrada a medo no princípio, iria gradualmente rodando nos gonzos, e por fim abrir-se-ia de par em par»³⁷.

Os tempos eram agora outros,

«já não havia grandes receios da instituição d'alma por herdeira, e que os benefícios para sufrágio ou a favor de corporações ecle-

³⁵ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Vol I, 1935, p. 691. Nem este entendimento foi afastado pela Lei da Separação do Estado das Igrejas de 20 de abril de 1911, *in* Diário do Governo, n.º 92, 1911 de 21 de abril de 1911 porquanto o artigo 42.º prescrevia que “todas as corporações autorizadas pelo presente decreto, compreendendo as encarregadas do culto, continuam com os mesmos direitos que tinham pela legislação geral relativamente às suas funções de assistência e beneficência, incluindo a aquisição e propriedade perfeita dos imóveis indispensáveis para o desempenho dessa funções” .

³⁶ Ver CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Vol I, 1929, p. 806.

³⁷ Ver “As Heranças e os Institutos Pios”, *Opúsculos, III*, 1984, p. 254.

siásticas só costumam ser deixados em actos *mortis causa*, e não em actos *inter vivos*>>³⁸.

O atual Código Civil não estabelece qualquer restrição quantitativa – que era, na redação dos mencionados artigos do CC de 1867, o terço da terça dos bens que o testador deixasse – quando instituía por herdeira ou legatária corporação eclesiástica.

O Código atual no que respeita às disposições a favor da alma, que são aquelas que mencionámos, tem-nas por encargo, impondo-se apenas a certeza ou dos bens ou das quantias afetados ao cumprimento (artigo 2224.º).

Quanto aos legados pios rege o artigo 2280.º que os faz regular por legislação especial³⁹.

O DIREITO AO SERVIÇO DO HISTORIADOR

Alexandre Herculano era um homem de causas e, quando as defendia, defendia-as com a força do polemista que corta a eito sem reбуço. Sucedeu isso neste comentário e bem assim no comentário ao Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de maio de 1860 e menos no comentário a uma sentença sobre Bens Reguengos⁴⁰.

No entanto, nem essa excessiva, e a nosso ver injusta diatribe contra a sentença e o magistrado que a lavrou, nem a circunstância de os tribunais terem seguido a assinalada interpretação restritiva⁴¹, afastam

³⁸ Ver DIAS FERREIRA, *loc. cit.* p. 70.

³⁹ Ver Decreto-Lei n.º 39449 e 39450 de 24 de novembro de 1953 e Decreto-Lei n.º 43209, de 10 de outubro de 1960; na jurisprudência Ac.do Supremo Tribunal de Justiça de 7-2-2006, processo 05A4273 (Relator NUNO CAMEIRA), Ac. da Relação de Lisboa de 12-10-1977, processo 0012159 (Relator BARROS BAIÃO). No que respeita a legados pios parecem incluir-se as liberalidades deixadas para sufrágios da sua alma, atenta a redação do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 43209 quando neles inclui “as deixas destinadas a fins religiosos”, tal como similarmente dispunha o artigo 1.º do DL n.º 39449. Neste sentido, ver o Ac. da Relação de Lisboa de 13-10-1983 (Relator SILVA GUIMARÃES), CJ, 1983, 4, p. 127. No caso de disposições a favor da alma, porém, o encargo assumido pelo herdeiro ou legatário é válido desde que o testador designe os bens que devem ser utilizados para esse fim ou quando seja possível determinar a quantia necessária para tal efeito (artigo 2224.º do Código Civil).

⁴⁰ “Uma Sentença sobre Bens Reguengos” in *Opúsculos*, *loc. cit.*, III, p. 111-119

⁴¹ A interpretação restritiva que a sentença efetuara incidia sobre as instituições (ordens,

o reconhecimento do elevado nível da contundente argumentação do nosso grande historiador.

Assim, como também os erros de análise ou omissões em que o grande historiador possa ter incorrido, ele que partiu quase de uma tábua rasa documental para erigir os *Portugaliae Monumenta Historica* que lhe permitiram erguer a notável obra que é a *História de Portugal desde o Começo da Monarquia até o Fim do Reinado de D. Afonso III*, não ensombram minimamente, por tudo o mais que o seu conhecimento lavrou, colheu e nos deixou, a sua grande figura de historiador.

Alexandre Herculano não se assumiu alguma vez como jurisconsulto⁴², mas afirma-se conhecedor da legislação:

“Não tenho a honra de ser juiz nem advogado; mas, como curioso em História, é dever meu conhecer a legislação do reino nas diversas epochas, os seus motivos, os seus intuitos, a sua concatenação⁴³”.

Conhecedor da legislação, conhecedor profundo⁴⁴.

Alexandre Herculano, enquanto membro da comissão revisora do projeto do Código Civil “gostava de questionar e discutir, tomava a palavra em quase todas as questões que se ventilavam no seio da comissão. E, apesar de não ser jurisconsulto, falava com tanta proficiência, que era

corporações, irmandades) que o assento considerava sempre instituídas herdeiras de alma ao passo que o acórdão do STJ excluía essa conexão.

⁴² Assim o considera CHERUBIM DO VALLE GUIMARÃES in “Discurso proferido na sessão solemne realizada pela Camara Municipal de Aveiro”. Afigura-se-nos que, quando se falava em jurisconsulto, considerava-se o que “é versado na sciencia do direito, e nas leis; o que as interpreta e as applica aos casos, e responde o que há em direito a respeito das especies, a que as mesmas leis são applicaveis; doutor letrado. § o que defende os litigantes, etc. advogado, procurador em juizo”: ver *Diccionario da Lingua Portuguesa Portuguesa* de António de Moraes Silva. Alexandre Herculano escrevia: “eu rarrissimamente metti o nariz nessas questões de miuncias legaes, para as quaes eram de sobra os jurisconsultos de officio que lá estavam”: *Cartas*, Tomo II, p. 216. Ele não se considerava profissional do Direito, e não o era efetivamente, mas, como se disse, sabia-se conhecedor do Direito.

⁴³ ALEXANDRE HERCULANO, *Cartas*, Tomo II, Livraria Bertrand, 4.ª edição, p. 253.

⁴⁴ O seu saber era reconhecido por grandes juristas contemporâneos. Veja-se, por exemplo, a carta de 8 de julho de 1866 que MANUEL D’OLIVEIRA CHAVES E CASTRO dirige a Alexandre Herculano, que não conhece pessoalmente, pedindo-lhe que veja os erros cometidos na edição do seu trabalho, que pretende reeditar, As *Reformas de que carece a legislação pátria no processo civil ordinário, desde a proposição da acção até à sentença de primeira instancia* in Herculano Inédito por ANTÓNIO BAIÃO.

sempre escutado com a maior atenção pelos outros membros da comissão⁴⁵, que se tinham dedicado à sciencia do Direito [...].

O que porém admirava aos jurisconsultos da comissão era ver que nunca ia de encontro a um princípio de direito, apesar d'as questões serem muitas vezes complicadas e difíceis⁴⁶.

Atente-se nas propostas e intervenções de Alexandre Herculano que, sem preocupação de exaustividade, a seguir se mencionam, ele que iniciou a sua participação na comissão revisora no dia 24 de março de 1860 tendo estado presente num total de cerca de 130 sessões.

Atente-se, pois: a) proposta de substituição completa do título sobre as pessoas morais; b) intervenção sobre a questão da curadoria provisória do arguido; c) intervenção sobre incapacidade acidental; d) intervenção sobre supressão do título sobre direitos originários; e) projeto de substituição da secção “Das águas” do Título IV “Da ocupação dos objetos e produtos naturais comuns ou não apropriados”; f) intervenção no sentido da exclusão da matéria atinente à propriedade literária e artística; g) intervenção na discussão sobre o projeto de Código de Crédito Predial; h) intervenção sobre anticrese; i) intervenção sobre matéria atinente aos efeitos e nulidade do casamento; j) intervenção sobre a disposições gerais atinentes ao contrato de casamento e das disposições sobre o casamento segundo o costume do reino; k) intervenção sobre matéria atinente ao mandato e procuração; l) intervenção sobre contrato de prestação de serviços; m) intervenção sobre matéria atinente ao contrato de empreitada; n) intervenção sobre a questão da supressão da venda a retro; o) intervenção sobre a questão da revogação da doação por inoficiosidade; p) intervenção sobre enfiteuse; q) intervenção sobre o mencionado artigo 1911.º do projeto (ver sessões de 2 de junho de 1862 e 10 de dezembro de 1862⁴⁷; r) intervenção em matéria de legítima de filhos perfilhados, anulação de testamento, condições impostas no testamento, legado de usufruto, legado de alimentos, legado com encargo, deferimento da sucessão legítima, aceitação da

⁴⁵ Ver JORGE CUSTÓDIO e JOSÉ MANUEL GARCIA, “Herculano e o Código Civil”, *Opúsculos, loc. cit.* Vol VI, p. 7-11 onde se dá notícia das iniciativas de Alexandre Herculano que interveio em 130 sessões das 348 realizadas entre 9 de março de 1860 e 30 de agosto de 1865, salientando-se que algumas das sessões não se realizaram por falta de *quorum* e noutras Herculano faltou por estar doente.

⁴⁶ VICENTE FERRER NETO PAIVA, *loc. cit.* p. 16.

⁴⁷ Esta matéria foi discutida também na sessão de 6 de dezembro de 1862, mas nesta Herculano não esteve presente.

herança simples e a benefício de inventário; s) intervenção sobre direito de compáscuo e discussão das propostas apresentadas por Alexandre Herculano, designadamente sobre compáscuo dos terrenos baldios municipais; t) intervenção e proposta, que veio a retirar, sobre usufruto de estabelecimento fabril; u) intervenções sobre plantação de árvores e arbustos, levantamento de muros junto à estrema, alteamento de parede comum por consorte, demarcação, eliminação da secção sobre frutos pendentes; v) intervenção sobre responsabilidade dos sócios para com os seus credores; w) intervenção e proposta de alteração sobre documentos autênticos; x) intervenção e proposta sobre a matéria “Do matrimónio”.

Mais notável – e só por isso, a nosso ver, Alexandre Herculano não poderia deixar de ser reconhecido também como um jurista – é a circunstância de a redacção final do projeto do Código Civil ter integrado uma comissão restrita composta por António Luís de Seabra, Vicente Ferrer Neto de Paiva e Alexandre Herculano que ficou encarregado da redacção final que não mereceu correção salvo uma ou duas palavras. Vicente Ferrer, a este propósito, recorda-nos “quanto é difícil e fastidioso o trabalho de uma redacção esmerada, que é necessária nas leis, onde as palavras devem ser pesadas, segundo J. Bentham, como os diamantes. Esta redacção é hoje reputada uma obra clássica, e faz muita honra a quem a fez⁴⁸”.

Alexandre Herculano, como aliás o próprio reconhece e resulta da sua obra, não fez da Ciência do Direito o objeto primeiro, essencial, fulcral da sua vida intelectual.

O conhecimento do Direito, para Alexandre Herculano, é fundamental enquanto instrumento do historiador que dirigiu a sua atenção para o estudo das instituições, para a compreensão da génese da nacionalidade, para a compreensão da ação política dos agentes históricos e dos conflitos.

Tal conhecimento também foi fundamental para a sua ação política tendo em vista o desenvolvimento social e económico da sociedade portuguesa.

Por outras palavras: o Direito, para Alexandre Herculano, era uma ciência auxiliar.

⁴⁸ VICENTE FERRER NETO PAIVA, *loc. cit.* p. 16.

O Direito, para ele, era instrumental. Talvez, por isso, seja difícil incluí-lo entre os juristas, ele que subordinou o seu conhecimento do Direito à sua arte maior: historiador⁴⁹.

Alexandre Herculano, não sendo um historiador do Direito⁵⁰, é a personalidade que, nas belíssimas palavras de Paulo Merêa, “marca uma nova era na *história da história do Direito nacional*”⁵¹.

Alexandre Herculano foi um grande humanista no sentido renascentista do termo, um homem que abarcava o conhecimento em muitos domínios e com muita profundidade.

Inegável o seu conhecimento das leis evidenciado na sua obra.

Inegável ainda que ele não se limitou a aplicar os seus conhecimentos do Direito na obra histórica; ele pô-los diretamente ao serviço de uma obra fundamental do Direito, o Código Civil, participando, colaborando com ilustres juristas de ofício que participaram na revisão do projeto do Código Civil.

No seio dos juristas merece ser incluído o Sr. Alexandre Herculano um dos maiores da cultura portuguesa de todos os tempos.

Alexandre Herculano, jurista emérito, acolhamo-lo com um grande abraço de gratidão e admiração intemporal.

⁴⁹ JAIME DE MAGALHÃES LIMA, que afirma “o alto valor das aptidões de jurisconsulto de Alexandre Herculano”, interroga: “seria ainda fructo da aplicação ao estudo da história, nasceria do conhecimento profundo das origens e vicissitudes das instituições e do prolongado manusear dos seus codices, a notavel capacidade de jurisconsulto que Alexandre Herculano revelou e usou com felicissimo exito em diversas conjuncturas da sua vida de publicista, e sobretudo na discussão e redacção do projecto do código civil? Foram as qualidades do historiador que crearam as aptidões do legislador?”.

⁵⁰ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “Significado de Alexandre Herculano na Evolução da Historiografia Jurídica”.

⁵¹ PAULO MERÊA, “De André de Resende a Herculano” p. 32. Refira-se que PAULO MERÊA, assim o recordou ALMEIDA COSTA *in* “Lembrança de Paulo Merêa”, “tal como Alexandre Herculano, a respeito do Código Civil de 1867, teve uma acção paradigmática na última revisão do Código Civil de 1966, em que não se limitou a aspectos linguísticos”.

BIBLIOGRAFIA

ACTAS das Sessões da Comissão Revisora do Projecto de Código Civil Portuguez, Lisboa, Imprensa Nacional, 1869.

ALBUQUERQUE, Martim de “A Formação Jurídica de Herculano, Fontes e Limites”, pp. 341-352, in *Alexandre Herculano à Luz do Nosso Tempo, Ciclo de Conferências*, Academia Portuguesa da História, Lisboa, MCMLXXVII.

ALMEIDA, Candido Mendes de (ed): *ORDENAÇÕES FILIPINAS*, Livros IV e V, Fundação Calouste Gulbenkian, edição que é reprodução ‘fac-simile’ da edição feita por Candido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870.

AUXILIAR JURIDICO Servindo de Appendice à Decima Quarta Edição do Código Philippino ou Ordenações do Reino de Portugal, Rio de Janeiro, 1869 também consultável no *site infra*.

BAIÃO, António, “Herculano Inédito. A visita oficial a Coimbra em 1853; Elogios à Universidade e como a Faculdade de Direito lhos retribuiu — Relações com alguns lentes”, separata de *O Instituto*, Vol. 115.º, Coimbra, 1951, pp. 5-32.

CODIGO CIVIL PORTUGUEZ. Projecto Redigido por Antonio Luiz de Seabra, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858.

COLLECÇÃO CHRONOLOGICA DOS ASSENTOS DAS CASAS DA SUPPLICAÇÃO E DO CIVEL, 4.ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1867 consultável em <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/611>

COSTA, Mário Júlio de Almeida:

— “Lembrança de Paulo Merêa” in *Estudos de Filosofia Jurídica e de História das Doutrinas Políticas*” de Paulo Merêa, Imprensa Nacional. Casa da Moeda, Dezembro 2004.

— “Significado de Alexandre Herculano na Evolução da Historiografia Jurídica”, pp. 235-259 in *A Historiografia Portuguesa de Herculano a 1950, Actas do Colóquio*, Academia Portuguesa da História, Lisboa, MCMLXXVIII.

CUSTÓDIO, Jorge, José Manuel GARCIA, “Herculano e o Código Civil” in *Opúsculos*, VI de Alexandre Herculano, Editorial Presença, 1987, Lisboa, 1.ª edição.

FERREIRA, José Dias, *Código Civil Portuguez Annotado*, Vol I, Lisboa Imprensa Nacional, 1870, anotação aos artigos 32.º, pp. 60 e ss. e 35.º, pp. 63 e ss.

GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Coimbra Editora, Vol I, 1929.

GUIMARÃES, Cherubim do Valle, “Herculano — Jurisconsulto” (Discurso proferido na sessão solenne realizada pela Camara Municipal de Aveiro no dia 28 de abril

de 1910, em homenagem a Alexandre Herculano), Aveiro, Typ. Minerva Central, 1910.

HERCULANO, Alexandre:

— *Cartas*, “Carta a J.M. da Costa Basto (1868)”, pp.216-217; “Cartas a Diversos” datada de 1860, pp. 253-256., Livraria Bertrand, Tomo II, 4.ª edição.

— *Cenas de um Ano da Minha Vida e Apontamentos de Viagem*, 2.º Caderno, Livraria Bertrand, 3.ª edição, p. 57 e p. 58.

— *Opúsculos*, I

— “As Freiras de Lorvão. 1853. A António da Serpa Pimentel”, Editorial Presença, 1982, pp. 127-130, Organização, Introdução e Notas de Jorge Custódio e José Manuel Garcia.

— “Da Propriedade Literária e da Recente Convenção com França. Ao Visconde D’Almeida Garrett (1851)”. Editorial Presença, 1982, pp. 227-245, Organização, Introdução e Notas de Jorge Custódio e José Manuel Garcia.

— *Opúsculos*, II

— “Projecto de Decreto (1851)”, pp. 175-184, Editorial Presença, 1983, Organização, Introdução e Notas de Jorge Custódio e José Manuel Garcia.

— *Opúsculos*, III

— “Análise da Sentença dada no Juízo de Primeira Instância da Vila de Santarém. Entre partes – José da Silva Rato e a Misericórdia da mesma Vila, como administradora do Hospital de Jesus Cristo. Acerca da herança de Maria da Conceição (1860)”, pp. 217-250, Editorial Presença, 1984, Organização, Introdução e Notas de Jorge Custódio e José Manuel Garcia.

— “As Heranças e os Institutos Pios (1860)”, pp. 253- 271.

— “Da Pena de Morte” (1838), pp.31-35.

— “Instrução Pública” (1841), pp. 87-106.

LIMA, Jayme de Magalhães, “Alexandre Herculano”, F. França Amado, Editor, Coimbra, 1910.

MATA, José Caeiro da “Oração de Abertura”, pp. 11-17 in ‘*História de Portugal’ de Alexandre Herculano. Comemoração do Centenário da Primeira Edição*, Academia Portuguesa de História, Lisboa, MCMLIV.

MERÊA, Paulo, “De André de Resende a Herculano (Súmula Histórica da História do Direito Português)”, *Estudos da História do Direito, I, Direito Português*, Imprensa Nacional- Casa da Moeda, Lisboa, 2007.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livros I, II e III, IV e V, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, reprodução “fac-simile” da edição feita por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870 com nota de apresentação de Mário Júlio Almeida Costa.

PAIVA, Vicente Ferrer Neto de “Elogio Historico de Alexandre Herculano”, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1878.

SARAIVA, José António, Óscar LOPES, *História da Literatura Portuguesa*, in 6.ª época, Romantismo, Capítulo III, Alexandre Herculano, Porto Editora, s/d, 5.ª edição, pp. 723-748.

SILVA, Antonio de Moraes, *Diccionario da Lingua Portugeza*, Oitava Edição Revista e Melhorada, Vol. II F-Z, Editora- Empreza Litteraria Fluminense de A. A. da Silva Lobo, 1891.

VARELA, Antunes e Pires de LIMA, “Código *Civil Anotado*, Vol VI (Artigos 2024.º a 2334.º), Coimbra Editora 1998.



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

CÍVEL

SOCIAL

CRIMINAL

CULTURAL

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos de uniformização de jurisprudência (AUJ)

(Janeiro a Junho de 2023)

ACÓRDÃO N.º 1/2023

O prazo de interposição dos recursos de decisões proferidas no procedimento previsto no artigo 3.º da Lei n.º 75/98 de 19-11, é de 15 dias, nos termos do artigo 32.º/3 do RGPTC, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8-9.

Barateiro Martins (Relator)

DR-23/2023, SÉRIE I
de 2023-02-01

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA



BASE DE DADOS
JURÍDICA



ACÓRDÃO N.º 2/2023

O perdão de penas de prisão previsto no artigo 2.º da Lei n.º 9/2020, de 10 de abril, verificados que sejam os demais requisitos legais, só pode ser aplicado a condenados que sejam reclusos à data da sua entrada em vigor.

Paulo Ferreira da Cunha (Relator)

DR-23/2023, SÉRIE I
de 2023-02-01

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA



BASE DE DADOS
JURÍDICA



ACÓRDÃO N.º 3/2023

À contagem da pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor prevista no artigo 69.º do Código Penal aplicam-se, por analogia, nos termos do artigo 4.º do Código de Processo Penal, as regras de contagem da pena de prisão constantes do artigo 479.º do Código de Processo Penal.

Maria do Carmo Silva Dias
(Relatora)

DR-31/2023, SÉRIE I
de 2023-02-13

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICABASE DE DADOS
JURÍDICA**ACÓRDÃO N.º 4/2023**

Concede-se a revista, revogando-se o acórdão recorrido, e decidindo-se que a expressão «dias consecutivos», constante da Cláusula 82.^a do Contrato Colectivo entre a Associação dos Industriais Metalúrgicos, Metalomecânicos e Afins de Portugal - AIMMAP e o SINDEL - Sindicato Nacional da Indústria e da Energia, deve ser interpretada como sendo dias seguidos, independentemente de serem dias úteis ou dias de trabalho ou dias de descanso.

Ramalho Pinto
(Relator)

DR-95/2023, SÉRIE I
de 2023-05-17

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICABASE DE DADOS
JURÍDICABOLETIM DO
TRABALHO E
EMPREGO

ACÓRDÃO N.º 5/2023

As declarações feitas pelo arguido no processo perante autoridade judiciária com respeito pelo disposto nos artigos 141.º, n.º 4, al. b), e 357.º, n.º 1, al. b), do Código de Processo Penal, podem ser valoradas como prova desde que reproduzidas ou lidas em audiência de julgamento.

António Gama
(Relator)

DR-111/2023, SÉRIE I
de 2023-06-09

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA



BASE DE DADOS
JURÍDICA





SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a REVISTA

A REVISTA é a nova publicação (semestral) do Supremo Tribunal de Justiça, surgindo, por coincidência histórica, no ano em que se celebra o 190.º aniversário da sua criação.

Esta publicação, aberta a académicos, juristas, magistrados e autores culturais, pretende congrega temas de direito, de cidadania, direitos humanos, novas tecnologias, de modo a proporcionar uma viva, livre e entusiasta discussão que permita crescimento social e humanístico.

É composta por um Editorial e cinco secções, a saber: Cível, Social, Criminal, Cultural e Jurisprudência.

Tem carácter nacional, estando aberta a contributos de profissionais de outros países.

A língua adotada é, preferencialmente, o português, podendo aceitar-se textos noutras línguas, designadamente o inglês, atenta a sua universalidade, e na língua materna dos autores.

A REVISTA do SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA será distribuída em papel, em exemplares com cerca de 200 páginas e disponibilizada digitalmente no site do Supremo Tribunal de Justiça (www.stj.pt).

A distribuição em papel far-se-á de forma direta junto da comunidade jurídica e cultural, assumindo a distribuição digital um carácter universal.

A distribuição será efetuada de forma integralmente gratuita.

arevista.stj.pt