

a REVISTA



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

Edição Semestral | Jul. a Dez. 2023 | Distribuição Gratuita

04

EDITORIAL

- **HENRIQUE ARAÚJO:** Metamorfoses

CÍVEL

- **ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES:** Da recorribilidade em processo civil
- **MARIA RAQUEL GUIMARÃES:** “Na minha conta ou na tua?” Revisitação do regime aplicável às operações de pagamento fraudulentas à luz da nova Proposta de um Regulamento relativo aos serviços de pagamento no mercado interno, de 28 de Junho de 2023

SOCIAL

- **JÚLIO GOMES/VIRIATO REIS:** Acidente de trabalho devido a culpa. Em torno do artigo 18.º da LAT (Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro)

CRIMINAL

- **JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA:** Imputabilidade diminuída, imputabilidade duvidosa. Nulidade da sentença
- **MARGARIDA SANTOS:** Sobre o(s) mau(s) trato(s) punível(veis) no crime de violência doméstica – contributos para a sua compreensão

CULTURAL

- **MARIA DO ROSÁRIO PEDREIRA:** Elogio da solidão (para um fado alexandrino) / Bíblicos
- **AFONSO REIS CABRAL:** Aventuras do Tio Patinhas pela literatura
- **FERNANDO DA COSTA SOARES:** As Instituições, os Sentimentos e o Círculo Cultural do Supremo Tribunal de Justiça

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdãos de uniformização de jurisprudência (AUJ)



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

FICHA TÉCNICA

A REVISTA

N.º 04 – julho a dezembro de 2023
Publicação Semestral
(podendo editar números especiais)
Digital: www.arevista.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 Geraldês
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: arevistastj@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 adopta 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 Metamorfozes
HENRIQUE ARAÚJO

CÍVEL

- 15 Da recorribilidade em processo civil
ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES
- 57 “Na minha conta ou na tua?” Revisitação do regime aplicável às operações de pagamento fraudulentas à luz da nova Proposta de um Regulamento relativo aos serviços de pagamento no mercado interno, de 28 de Junho de 2023
MARIA RAQUEL GUIMARÃES

SOCIAL

- 123 Acidente de trabalho devido a culpa. Em torno do artigo 18.º da LAT (Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro)
JÚLIO GOMES/VIRIATO REIS

CRIMINAL

- 157 Imputabilidade diminuída, imputabilidade duvidosa.
Nulidade da sentença.
JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA
- 173 Sobre o(s) mau(s) trato(s) punível(veis) no crime
de violência doméstica – contributos para a sua
compreensão
MARGARIDA SANTOS

CULTURAL

- 207 Elogio da solidão (para um fado alexandrino) / Bíblicos
MARIA DO ROSÁRIO PEDREIRA
- 211 Aventuras do Tio Patinhas pela literatura
AFONSO REIS CABRAL
- 215 As Instituições, os Sentimentos e o Círculo Cultural do
Supremo Tribunal de Justiça
FERNANDO DA COSTA SOARES

JURISPRUDÊNCIA

- 225 Acórdãos de uniformização de jurisprudência (AUJ)



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

EDITORIAL

Metamorfoses

HENRIQUE ARAÚJO

Juiz Conselheiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

Este editorial inspira-se no magnífico texto de Afonso Reis Cabral, publicado neste número de “A REVISTA”.

As palavras autobiográficas da iniciação na arte da escrita fazem-nos perceber as fases metamórficas do escritor até atingir a maturidade literária.

Ao lermos o texto “Aventuras do Tio Patinhas pela literatura” somos puxados para os dias da nossa infância em que a leitura era exercitada através da decifração das legendas abasileiradas colocadas nos coloridos quadrângulos dos livros de *Walt Disney*.

Há quem, como o autor, se entrelaçasse nesses ramos verdes da literatura infantil e, abraçado a eles, crescesse até atingir a consistência e a forma madura no processo de criação literária.

Para a maior parte de nós, porém, a leitura dessas aventuras foi apenas a experiência mais inicial no despertar para o mundo da fantasia.

Ao avançarmos na idade, fomos percebendo que o mundo real é, afinal, muito diferente de Patópolis.

A fantasia que tanto nos divertia foi-se esfumando como o vapor do chá que a irmã do autor bebia enquanto lia as aventuras do Tio Patinhas, dando lugar, aos poucos, à compreensão da vida real, com tudo o que ela comporta de bom e de mau.

É a essa vida real, cada vez com contornos mais complexos, que os juristas, e muito especialmente os juizes, devem estar atentos, porque é dela que brotam os conflitos e disputas que os tribunais têm de decidir diariamente.

O contacto próximo com essa realidade, a permanente atenção aos fenómenos sociais, a procura de informação sobre os temas da atualidade, o estudo aprofundado das matérias jurídicas relevantes para cada

caso concreto, tudo isto é fundamental para quem tem por função administrar a Justiça em nome do Povo.

Servindo-me de uma passagem do texto de Afonso Reis Cabral, devidamente adaptada, administrar a Justiça “é tanto uma luta como uma entrega”.

Diria mesmo que, quando há entrega total a um objetivo de vida, são inevitáveis momentos de luta.

Luta pela descoberta da verdade, pela solução mais justa para cada causa, pela afirmação de uma justiça independente e imparcial.

As aventuras dos divertidos heróis de infância não podem deixar de habitar o nosso imaginário, porque será sempre necessário algum bom humor para prosseguirmos essa nossa caminhada.



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

CÍVEL

SOCIAL

CRIMINAL

CULTURAL

JURISPRUDÊNCIA

DA RECORRIBILIDADE EM PROCESSO CIVIL

ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES

Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça

RESUMO: As normas de processo civil e em especial as que regulam a recorribilidade das decisões judiciais devem ser claras, de forma a permitir que todos os intervenientes processuais estejam cientes das regras aplicáveis. Porém, especialmente em relação ao recurso de revista ainda persistem questões que suscitam dúvidas quer na doutrina quer na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal de Justiça. Ainda que algumas já tenham sido superadas por via de acórdãos de uniformização de jurisprudência, outras se mantêm, revelando-se aconselhável uma clarificação legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Recursos cíveis. Recorribilidade. Recurso de revista. Divergências jurisprudenciais.

ABSTRACT: The rules of civil procedure, and in particular those governing the appealability of court decisions, must be clear, so that all procedural participants are aware of the applicable rules. However, especially regarding motions to review filed in the Supreme Court, doubts persist that raise questions about both doctrine and the jurisprudence of the Supreme Court itself. Although some have already been overcome by rulings that have standardised case law, others persist, making legislative clarification advisable.

KEY WORDS: Civil appeals. Appealability. Motion to review. Divergent case law.

1. INTRODUÇÃO

1.1. A clareza que deve caracterizar qualquer ordenamento jurídico constitui um atributo especialmente exigível às normas de processo e designadamente às que regulam a matéria de recursos. É isso que permite que cada sujeito processual conheça com segurança, de antemão,

as regras respeitantes à realização dos direitos, deveres, faculdades ou ónus que sobre si impendem. Porém, a crua realidade revela que ainda são demasiadas as situações geradoras de incerteza, nomeadamente em sede da recorribilidade das decisões, fator que potencia a insegurança e a imprevisibilidade dos resultados.

O presente trabalho visa evidenciar, a partir da análise dos textos legais e especialmente tendo em conta a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal de Justiça¹, o “estado da arte” no que concerne à admissibilidade dos recursos de apelação e de revista².

1.2 Encontra-se estabilizado o entendimento segundo o qual, em matéria de direito privado, pressuposta a previsão na lei ordinária dos três graus de jurisdição que a Constituição consagra, correspondentes à 1.^a instância, aos Tribunais da Relação e ao Supremo Tribunal de Justiça, o direito ao recurso deve ser desenhado em função do princípio da proporcionalidade³, não podendo ignorar-se a jurisprudência constitucional quando enuncia que, entre duas interpretações possíveis, deve optar-se por aquela que se revele mais conforme com as normas ou princípios constitucionais⁴.

Ademais, ciente de que a interpretação das normas de processo está sujeita à generalidade das regras coligidas pela teoria geral do direi-

¹ Os acórdãos citados sem qualquer outra indicação foram extraídos de www.dgsi.pt.

² O facto de me encontrar em situação de jubilação facilita uma análise mais distanciada e distendida dos problemas que se suscitam, mas obviamente quaisquer conclusões são da minha exclusiva responsabilidade, à semelhança das posições expostas em *Recursos em Processo Civil*, 7.^a ed., onde, com mais desenvolvimento, são tratadas as questões atinentes aos recursos cíveis e no processo do trabalho.

³ Cf. ABRANTES GERALDES, *Recursos em Processo Civil*, 7.^a ed., pp. 22-24, com menção de doutrina e jurisprudência constitucional, e MARIA DOS PRAZERES BELEZA, em “*Restrições à admissibilidade do recurso de revista e revista excepcional*”, em *a Revista*, n.º 1, pp. 12 e 13.

⁴ Assim ocorreu com a norma do art. 15.º do CIRE sobre a determinação do valor na exoneração do passivo restante que foi declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, pelo Ac. do Trib. Const. n.º 71/2021, situação que, entretanto, foi superada com o aditamento do art. 248.º-A do CIRE.

Segundo o Ac. do Trib. Const. n.º 766/2022 (e ainda o Ac. n.º 77/2023) “num processo equitativo não podem aceitar-se efeitos preclusivos intensos sobre direitos essenciais das partes (como é, indiscutivelmente, o direito ao recurso) com base em regras pouco claras”.

Esta metodologia foi recentemente adotada no Ac. do STJ de 12-10-23, 52169/22, a

to, a doutrina vem acentuando que a sua “interpretação deve facilitar a tutela das situações decorrentes do direito material” e “favorecer a economia processual”. Mais se defende que, “entre duas interpretações possíveis, deve sempre escolher-se aquela que tiver menores custos para as partes e para o sistema judiciário”⁵. Acrescentaria ainda uma outra premissa colhida da prática judiciária, correspondendo ao brocardo *favorabilia amplianda, odiosa restringenda* que, reforçando os fatores de segurança e de certeza na aplicação do direito, valoriza a tutela efetiva das situações que decorrem do direito material.

Independentemente dos motivos subjacentes às divergências jurisprudenciais ou doutrinárias que ainda se verificam, o legislador, atento aos resultados da aplicação das leis, deve sanar as dúvidas que se suscitam nesta área, como já foi ensaiado através da *Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.ª*, cujo processo legislativo foi interrompido pela dissolução da A.R., em Junho de 2021, depois de ter sido aprovada na generalidade.

2. RECORRIBILIDADE EM FUNÇÃO DO VALOR DO PROCESSO (ART. 629.º, N.º 1)

Não suscita dúvidas sérias a apreciação do pressuposto da recorribilidade previsto no n.º 1 do art. 629.º do CPC⁶, tendo em conta a objetividade que, em regra, rodeia a determinação do valor do processo e o modo como se encontra regulado o respetivo incidente nos arts. 305.º e 306.º⁷, culminando com uma decisão de cariz instrumental que,

respeito do ónus de impugnação imediata de uma decisão com teor semelhante à de um despacho saneador que apreciou uma exceção perentória, nele se referindo que, “conforme tem sido repetidamente afirmado pelo Trib. Const. em numerosos arestos, os ónus processuais cuja inobservância determine a perda de direitos, em obediência ao modelo do processo justo e equitativo, devem estar claramente expressos e determinados no texto legal, não suscitando dúvidas sobre os termos como devem ser cumpridos, de forma a que a parte onerada não seja surpreendida, quer pela sua existência, quer pelo modo como os deve cumprir”.

⁵ Assim CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, vol. I, p. 74.

⁶ São do CPC de 2013 todas as normas citadas sem qualquer outra indicação.

⁷ Os efeitos deste requisito formal vêm sendo levados aos extremo em casos em que a parte, porventura desatenta à letra do preceito, atribui à ação o valor de € 30.000,00, até ao qual a decisão, em regra, é insuscetível de recurso de revista, em desrespeito pelo critério legal que determinaria um valor superior, ou se conforma com a decisão que fixa precisamente esse valor. Assim ocorreu no caso apreciado no Ac. do STJ de 27-10-20, 7693/16 (“o obstáculo à admissibilidade de recurso em função do valor da causa,

numa espécie de tutela provisória da aparência (art. 629.º, n.º 2, al. b)), é sempre suscetível de recurso de apelação ou de revista sempre que a parte pretenda a fixação de um valor que, respetivamente, supere a alçada da 1.ª instância ou da Relação.

Quando se revele objetivamente inviável a quantificação da sucumbência, a recorribilidade das decisões, ao abrigo do subcritério previsto naquele preceito, é apreciada apenas com base no valor do processo. Já quando se pretenda aquilatar o valor da sucumbência para efeito de interposição de recurso para o Supremo vale a jurisprudência que foi uniformizada pelo **AUJ n.º 10/15** (“Conformando-se uma parte com o valor da condenação na 1.ª instância e procedendo parcial ou totalmente a apelação interposta pela outra parte, a medida da sucumbência da apelada, para efeitos de ulterior interposição de recurso de revista, corresponde à diferença entre os valores arbitrados na sentença de 1.ª instância e o acórdão da Relação”)⁸.

3. EXTENSÃO DA RECORRIBILIDADE (ART. 629.º, N.º 2)

3.1. É líquido que as normas extensivas da recorribilidade previstas nas als. a) e c) do n.º 2 do art. 629.⁰⁹ se aplicam não apenas aos casos em que o impedimento ao recurso decorre do valor da causa (“independentemente do valor da causa e da sucumbência”) como àqueles que se fundam noutro preceito legal, como ocorre sempre que alguma norma impeça ou restrinja o recurso de apelação (v.g. arts. 630.º, n.º 2 e 879.º, n.º 5) ou o recurso de revista (v.g. arts. 370.º, n.º 2, 662.º, n.º 4, 671.º, n.º 3 ou 988.º, n.º 2)¹⁰. Tais exceções aplicam-se a todos os casos em que,

ainda que pela diferença de €0,01, não constitui minudência adjetiva, pois trata-se de um limite legalmente estabelecido, que não permite derrogação, designadamente em função da natureza dos processos ou das questões a apreciar”) e no Ac. do STJ de 15-3-22, 1097/21 (“tendo os recorrentes indicado como valor da causa o de € 2.000,00 e tendo o tribunal fixado depois em € 30.000,00 o valor da ação, não é, face a qualquer um destes valores, admissível recurso de revista”).

⁸ Esta solução foi assumida nos Acs. do STJ de 5-5-22, 36839/20 e de 14-10-21, 2548/19, sendo criticada por MARIA JOSÉ CAPELO, em *Cadernos de Direito Privado*, n.º 54, pp. 40 e ss., e por LEBRE DE FREITAS/RIBEIRO MENDES, *CPC anot.*, vol. III, 3.ª ed., pp. 27-28.

⁹ Como se refere em 3.5., quanto à al. d), a jurisprudência e a generalidade da doutrina vão no sentido da exigência do requisito processual relativo ao valor.

¹⁰ Cf. ABRANTES GERALDES, *ob. cit.*, p. 48, n. 65 e p. 52, n. 73, e o Ac. do STJ de 15-9-22, 1046/14, no qual se decidiu que, “apesar de a redação do art. 629.º, n.º 2, franquear as portas do recurso nas situações elencadas nas suas alíneas, quando elas se encontram

por força de qualquer norma (e não apenas das que conjugam o valor do processo com a alçada dos tribunais), se preveja uma limitação à recorribilidade para a Relação ou para o Supremo¹¹.

3.2. A norma constante da al. a) do n.º 2 do art. 629.º é aplicável sempre que esteja em discussão o pressuposto da competência em razão da matéria, da nacionalidade e da hierarquia, fatores cuja delimitação decorre das normas processuais e de organização judiciária. Ademais, a previsão da recorribilidade ilimitada quando esteja em causa a violação de tais regras cobre todos os casos em que seja apreciado qualquer desses vetores da competência e mesmo aqueles em que, contrariando normas que obrigam o juiz ao seu conhecimento oficioso (arts. 97.º, n.º 1 e 578.º), exista omissão de pronúncia a tal respeito. Afinal, também nesta situação pode estar em causa a violação daquelas regras de competência¹².

O único aspeto em que não se verifica uma total sintomia na jurisprudência do Supremo é o relacionado com a apreciação dos casos conexos com a preterição de tribunal arbitral.

Atenta a formulação legal que se limita a enunciar os três vetores da competência absoluta previstos na al. a) do art. 96.º, omitindo o referido na al. b), respeitante à preterição de tribunal arbitral, a jurisprudência maioritária vai no sentido de excluir daquela regra especial as situações a que subjaz a respetiva exceção dilatória que, aliás, também encontra as especificidades previstas nos arts. 97.º, n.º 1, 99.º,

fechadas por força do valor da causa ou da sucumbência, a jurisprudência do STJ tem generalizado essa abertura excepcional a qualquer outro motivo que restrinja a utilização do recurso de revista, pelo que a decisão de uma reclamação de uma conta de custas, apreciada, em recurso, pelo Tribunal da Relação, pode ser objeto de recurso de revista, com fundamento na violação de caso julgado”.

¹¹ São paradigmáticos os exemplos que poderiam ser enunciados em torno do pressuposto da competência internacional (n.º 2, al. a)) ou de divergências relativamente a jurisprudência uniformizada pelo Supremo (al. c)), não se compreendendo de modo algum (elemento racional) que, pelo simples facto de uma determinada norma impedir a interposição de recurso por motivo diverso do valor do processo, a decisão de 1.ª instância ou o acórdão da Relação pudessem adquirir a força de caso julgado, sem possibilidade de reapreciação pelo tribunal imediatamente superior, mesmo sendo evidente a incompetência dos tribunais portugueses ou manifesta a recusa de aplicação de um *AUJ*.

¹² Em qualquer destes casos, o objeto do recurso é delimitado pela apreciação da questão adjetiva em torno da competência, como o revela o Ac. do STJ de 28-1-21, 4129/19, com menção de outros arestos. No mesmo sentido LEBRE de FREITAS/RIBEIRO MENDES, *ob. cit.*, p. 28, e ABRANTES GERALDES, *ob. cit.*, p. 50.

n.º 3 e 578.^o¹³. Porém, em alguns acórdãos do Supremo foi assumida tese divergente, sob o pretexto de que em tais situações ainda estaria em causa uma questão de competência em razão da matéria, agora na dicotomia tribunais judiciais/tribunais arbitrais¹⁴.

Ora, para além de esta solução não encontrar eco na clareza dos preceitos legais em confronto (elemento literal), constata-se que os riscos associados à preterição de tribunal arbitral não se equiparam (elemento racional ou teleológico) aos que emergem da violação de regras de competência dos tribunais em razão da nacionalidade, da matéria e da hierarquia, os quais estão na base da extensão da recorribilidade prevista no art. 629.º, n.º 2, al. a).

3.3. A referência no segmento final da al a) do n.º 2 do art. 629.º à ofensa de caso julgado formal ou material (arts. 619.º e 620.º) não é totalmente transparente quanto à sua aplicação aos casos em que se invoque a ofensa da autoridade de caso julgado. Com efeito, esta última figura releva de uma construção doutrinária e jurisprudencial em que o caso julgado é apreciado à luz dos seus efeitos positivos e não na sua vertente negativa. Ainda assim, os motivos que determinam a extensão do pressuposto da recorribilidade são transponíveis para situações em que seja invocada a ofensa da autoridade de caso julgado, impondo-se, por interpretação extensiva, a mesma solução¹⁵.

Num caso e noutro apenas ficam cobertos pelo regime especial de recorribilidade as decisões relativamente às quais se pretenda discu-

¹³ Neste sentido, cf. o Ac. de STJ de 8-11-22, 6698/20, onde se refere explicitamente que, embora “a preterição do tribunal arbitral por força de cláusula compromissória convencional seja determinante da incompetência absoluta do tribunal judicial, nos termos do disposto no art. 96.º, al. b), a verdade é que tal preterição não se inclui nos casos de incompetência absoluta definidos pela al. a) do n.º 2 do art. 629.º relativos a situações de violação das regras de competência em razão da nacionalidade, da matéria e da hierarquia”. Assim também os Acs. do STJ de 27-10-22, 533/21, de 23-9-21, 175/17, de 22-4-21, 2654/19, de 26-1-21, 4440/14, 23-4-20, 1556/18 e de 8-11-18, 22574/16.

¹⁴ Cf. os Acs. do STJ de 4-12-18, 598/17, de 20-3-18, 1149/14, de 8-2-18, 461/14 e de 6-4-17, 416/16.

¹⁵ Neste sentido, cf. também CASTRO MENDES/TEIXEIRA de SOUSA, *ob. cit.*, p. 170, e ABRANTES GERALDES, *ob. cit.*, p. 53.

Note-se que, constituindo pressuposto necessário da autoridade de caso julgado a identidade de pedido ou de causa de pedir, aquela apenas pode ser invocada perante os mesmos sujeitos processuais, na perspetiva da sua qualidade jurídica, sendo inviável a sua alegação relativamente a terceiros que extravasem o âmbito subjetivo do caso julgado (Acs. do STJ de 30-3-23, 772/14, de 16-12-21, 5837/19, de 19-10-21, 34666/15

tir a ofensa de caso julgado (formal ou material) ou da autoridade de caso julgado, sujeitando à regra geral a impugnação de decisões cujos efeitos reflitam precisamente a afirmação da exceção dilatória de caso julgado (art. 580.º) ou a assunção dos efeitos materiais da sua autoridade (arts. 619.º e 621.º). Com efeito, para além do que se extrai da formulação normativa, o que é realmente grave e merecedor de um tratamento específico é a primeira situação, atenta a desconsideração inerente aos valores da certeza e da segurança na aplicação do direito pelos tribunais, e não aquela em que a parte simplesmente discorde da decisão do tribunal *a quo* que declara a exceção dilatória de caso julgado ou reconhece a prevalência de uma anterior decisão por força da respetiva autoridade¹⁶.

Naturalmente que a apreciação da recorribilidade da decisão (limitada também à questão que motiva a extensão do recurso¹⁷) não deve confundir-se com a apreciação do respetivo mérito, bastando que a alegação configure a aplicação da referida exceção¹⁸.

3.4. Nenhuma dúvida emerge da interpretação do art. 629.º, n.º 2, al. c), tendo em conta quer o texto legal quer o tratamento que lhe vem sendo dado pela doutrina e pela jurisprudência. Trata-se de um preceito que encontra a sua justificação na necessidade de assegurar não apenas o respeito pelo princípio da igualdade na resolução dos litígios, que outras normas também prosseguem, mas, acima de tudo, a previsibilidade dos resultados, objetivo que é posto em causa quando nem sequer é acatada pelas instâncias a jurisprudência uniformizada pelo Supremo¹⁹.

O nó górdio em torno de tal preceito não se encontra na sua exegese, antes na respetiva aplicação que nos confronta com a necessidade

ou de 25-3-21, 12191/18).

¹⁶ Neste sentido, cf. os recentes Acs. do STJ de 21-3-23, 7808/19 e de 1-3-23, 1202/20.

¹⁷ Cf. os Acs. do STJ de 28-6-23, 164/21, de 20-6-23, 1629/13 e de 2-2-23, 2888/07.

¹⁸ Assim se decidiu no Ac. do STJ de 30-3-23, 202/14. O Ac. do STJ de 2-2-23, 2485/19, aponta para a mera verosimilhança da situação de ofensa de caso julgado.

¹⁹ Estes objetivos encontram-se expressamente consagrados no art. 926.º do CPC brasileiro cuja redação é a seguinte:

“Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1.º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno,

de concretizar a identidade de alguma questão fundamental de direito que constitua a *ratio decidendi* tanto do AUJ como da decisão recorrida. Valerão para o efeito os estudos e os arestos em torno de outros preceitos onde também surge a exigência de contradição jurisprudencial relevante, como ocorre com as normas dos arts. 672.º, n.º 1, al. c), 671.º, n.º 2, al. b), 629.º, n.º 2, al. d) e 688.º, n.º 1.

3.5. Diametralmente oposta é a situação que se verifica em torno da interpretação da al. d) do n.º 2 do art. 629.º cujo resultado é o inverso daquele que deve esperar-se das normas de direito adjetivo²⁰.

Relativamente à primeira parte do preceito não se suscitam dúvidas: está em causa a impugnação de acórdão da Relação²¹ (e, por maioria de razão, do Supremo) que contrarie outro acórdão da Relação, sobre a mesma questão fundamental de direito, sem que naquele tenha existido adesão a algum AUJ. Porém, já o mesmo não ocorre com a exigência de que, no caso, “*não caiba recurso ordinário por motivo estranho à alçada do tribunal*”. Também assim a respeito da identificação dos acórdãos da Relação a que a norma se dirige, ou seja, se apenas estão abarcados os que incidiram sobre decisões finais de 1.ª instância, ou apreciaram o mérito da ação ou do procedimento, ou também aqueles a que subjazem decisões interlocutórias de 1.ª instância de cariz adjetivo.

A situação nebulosa decorre, em primeiro lugar, de uma opção de ordem sistemática que a evolução histórica do preceito pode contribuir para dilucidar.

Para o efeito há que assumir que a reintrodução do preceito, aquando da aprovação do CPC de 2013, pecou por um erro de ordem sistemática: em lugar da sua integração em novo número do mesmo artigo (como ocorria no art. 678.º do CPC de 1961, antes da reforma de 2007), ficou aparentemente subordinado ao proémio do n.º 2 que aparentemente

os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante.

§ 2.º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

²⁰ Tal preceito foi reintroduzido na última reforma do processo civil, mas há que reconhecer que a sua interpretação e aplicação se defrontam com dificuldades que, não tendo sido percecionadas em todo o processo legislativo, já poderiam e deveriam ter sido resolvidas.

²¹ Com ressalva do recurso de revista *per saltum* (art. 678.º), o acesso em via de recurso ao Supremo pressupõe a prolação de um acórdão pelo Tribunal da Relação, como o evidenciam os n.ºs 1 e 2 do art. 671.º.

te dispensaria a verificação daquele fator quantitativo. Apesar disso, o facto de se exigir que não caiba recurso de revista “*por motivo estranho à alçada da Relação*” permite concluir que a sua aplicação é limitada aos processos em que, apesar de o valor superar aquela alçada, o recurso de revista se defronte com outro impedimento de ordem legal. Esta é a jurisprudência uniforme do Supremo²², motivo pelo qual, sem embargo da maior segurança decorrente de uma eventual clarificação, pode concluir-se que está razoavelmente acautelada a previsibilidade dos resultados.

Quanto ao mais, inequivocamente estão abrangidos pelo preceito os acórdãos da Relação sobre decisões finais que, incidindo sobre o mérito ou questões de forma, sejam proferidas em processos ou procedimentos em que, por outro motivo, esteja vedado ou limitado o acesso ao Supremo. Assim é nos procedimentos cautelares (art. 370.º, n.º 2) ou nos processos de jurisdição voluntária (art. 988.º, n.º 2), mas também em todos os processos especiais em que vigore um regime restritivo no acesso ao Supremo.

Também não devem suscitar dúvidas os recursos de revista interpostos de acórdãos da Relação que, incidindo sobre decisões interlocutórias de 1.ª instância, traduzam de alguma forma a apreciação do mérito da causa, seja porque apreciaram exceções perentórias seja porque decidiram outras questões de direito material relevantes para a resolução do litígio. Nestas situações, a recorribilidade, nos termos gerais, é extraída diretamente do disposto no n.º 1 do art. 671.º, mas, sempre que exista algum impedimento de ordem legal à interposição do recurso de revista desligado do valor do processo, é caso para aplicar o regime extraordinário previsto na al. d) do n.º 2 do art. 629.²³

3.6. Todavia, as dúvidas – e dúvidas sérias atenta a sua extensão e a gravidade das consequências – já surgem quando se trata de apurar

²² Neste sentido, cf. os Acs. do STJ de 14-9-23, 4544/15, de 13-10-20, 32/18, de 7-9-20, 1496/14, de 3-3-20, 1806/17, de 7-6-18, 1655/13, de 8-2-18, 810/13, de 24-11-16, 1655/13, de 23-6-16, 2023/13, de 26-3-15, 2992/13 e de 17-11-15, 3709/12. No mesmo sentido, cf. CASTRO MENDES/TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 171, e ABRANTES GERALDES, *ob. cit.*, pp. 71-73; contra: LEBRE DE FREITAS/RIBEIRO MENDES, *ob. cit.*, pp. 32-34.

²³ Tal situação é frequente nos processos de inventário cuja tramitação implica a apreciação intercalar de questões de direito material suscetíveis de influir na partilha que apenas será homologado na sentença, nos termos do art. 1122.º, como ocorre com as questões atinentes à admissibilidade do inventário, validade ou interpretação de disposições testamentárias ou delimitação dos interessados, nos termos dos arts. 1104.º e 1110.º, n.º 1. Também assim as questões atinentes à determinação dos bens a partilhar, como se decidiu no Ac. do STJ de 11-5-23, 656/20.

se a referida al. d) também envolve os acórdãos da Relação que tenham incidido sobre decisões interlocutórias de 1.^a instância de cariz adjetivo. Neste campo, é cerrado o conflito jurisprudencial no âmbito do próprio Supremo, a exigir, como já se referiu inicialmente, uma clarificação legislativa ou, enquanto tal não se verificar, uma resposta uniformizadora que confira ao sistema o adequado grau de segurança e de certeza.

Tudo está em considerar se existe autonomia entre o que dispõe a al. d) do n.º 2 do art. 629.º e a al. b) do n.º 2 do art. 671.º, ou se, pelo contrário, esta última disposição prevalece sobre aquela, exigindo-se a invocação de uma contradição entre o acórdão recorrido e um anterior acórdão do Supremo.

A norma em análise corresponde, *grosso modo*, ao que estava preceituado no n.º 4 do 678.º do CPC de 1961²⁴, preceito que, sem aparente justificação, foi removido aquando da revisão do regime dos recursos operada pelo DL n.º 303/07. Com o CPC de 2013, a par da reposição do preceito, mediante a sua inclusão na al. d) do n.º 2 do art. 629.º, foi ainda introduzida a norma do n.º 2 do art. 671.º tendo por objeto decisões interlocutórias da 1.^a instância em matéria processual.

O propósito que presidiu àquela repristinação foi o de possibilitar a interposição de recurso de revista quando o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça esteja vedado por razões estranhas à alçada da Relação, a fim de permitir que o Supremo possa dirimir e, quiçá, uniformizar questões de direito objeto de contradições jurisprudenciais nas Relações quando, apesar de não existirem obstáculos decorrentes do valor

Já no Ac. do STJ de 28-6-23, 3080/17, considerou-se que “a decisão final tomada em incidente de «reclamação contra a relação de bens» em processo de inventário judicial ... constitui decisão interlocutória com natureza processual”. No caso importava estabelecer uma distinção: podendo ser confirmada tal asserção relativamente ao segmento em que fora determinada pela 1.^a instância “a remessa das partes para os meios comuns, a fim de ser apreciada a questão relativa às benfeitorias e respetivo valor”, já o mesmo não se verificava relativamente à decisão parcelar de que “os bens propriedade da sociedade constituem parte das quotas sociais e assim devem ser relacionados”. Este segmento configurava uma decisão interlocutória de cariz substantivo e não de natureza processual, sendo inaplicável, assim, nessa parte, a norma do n.º 2 do art. 671.º.

²⁴ Cuja última redação era a seguinte: “*É sempre admissível recurso do acórdão da Relação que esteja em contradição com outro, dessa ou de diferente Relação, sobre a mesma questão fundamental de direito e do qual não caiba recurso ordinário por motivo estranho à alçada do tribunal, salvo se a orientação nele perfilhada estiver de acordo com a jurisprudência já anteriormente fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça*”.

da alçada ou da sucumbência, é vedado ou condicionado o recurso de revista por imposição de outra norma legal.

Mas segundo uma das teses em confronto, o recurso de revista a que se reporta a al. d) do n.º 2 do art. 629.º circunscreve-se aos acórdãos da Relação que, incidindo sobre decisões da 1.ª instância, ponham termo ao processo ou apreciem o mérito da causa. Já aqueles que incidam sobre decisões interlocutórias de 1.ª instância que apreciaram matéria de direito adjetivo ficam submetidos unicamente ao regime do art. 671.º, n.º 2, al. b), dependendo o recurso de revista da verificação de uma contradição entre o acórdão recorrido e um anterior acórdão do Supremo, sobre a mesma questão de direito.

Assim o defende Teixeira de Sousa, para quem o segmento normativo do art. 629.º, n.º 2, al. d), remete exclusivamente para casos em que, por via de outra norma legal, atenta a especialidade da matéria ou do processo, seja consagrada uma restrição recursória quanto ao acesso ao Supremo, ficando excluídos os acórdãos da Relação sobre decisões interlocutórias em matéria de direito adjetivo nos processos em geral, uma vez que, nestes casos, a recorribilidade está expressamente consagrada, ainda que por uma via excecional, no art. 671.º, n.º 2²⁵. Noutro local refere o mesmo processualista que a referida al. d) “é aplicável naqueles casos em que o recurso é admissível atendendo ao valor da causa e da sucumbência, mas há uma exclusão legal da sua admissibilidade, podendo ainda concluir-se que aquele preceito estabelece uma recorribilidade para os acórdãos que são recorríveis nos termos gerais e irrecuríveis por exclusão legal”²⁶.

Segundo esta tese, o âmbito da al. d) do n.º 2 do art. 629.º não inclui os acórdãos da Relação sobre decisões interlocutórias de natureza adjetiva a que se reporta a al. b) do n.º 2 do art. 671.º, na medida em que não existe qualquer norma que vede em absoluto a interposição de recurso de revista em tais situações. Pelo contrário, este último preceito

²⁵ Em <https://blogippc.blogspot.com>, em anot. ao Ac. do STJ de 12-9-19, 587/17 (sobre contagem do prazo regressivo para apresentação de um requerimento probatório), que admitiu o recurso com fundamento em contradição entre o acórdão recorrido e outro acórdão da Relação sobre a mesma questão de direito.

²⁶ *Manual de Processo Civil*, vol. II, p. 171. A mesma solução é defendida por LEBRE DE FREITAS/RIBEIRO MENDES, *ob. cit.*, p. 35, referindo que o âmbito de aplicação da al. d) do n.º 2 do art. 629.º abarca “decisões finais proferidas em processos em que, por exclusão expressa da lei, nunca pode haver recurso para o STJ, independentemente do valor do processo em concreto” e que “a remissão do art. 671.º, n.º 2, al. a), limita-se às als. a) a c)”.

estabeleceria precisamente para as situações nele abarcadas uma via recursória específica, ainda que submetida a um condicionalismo mais rigoroso.

Esta foi a solução recentemente assumida no Ac. do STJ de 17-1-23, 8988/19, nele se asseverando que a previsão da al. d) do n.º 2 do art. 629.º visa apenas os casos em que, estando verificados todos os requisitos de admissibilidade da revista, o único obstáculo emerge de um específico e restrito regime de acesso ao Supremo, o que ocorre quando, por força dos termos gerais (art. 671.º, n.º 2, al. b)), se está perante uma decisão que não comporta revista. Concluiu que, estando em causa um acórdão que incidiu sobre despacho que não admitiu um meio de prova (decisão interlocutória em matéria de direito processual), a recorribilidade dependeria da verificação de uma situação de contradição com um acórdão do Supremo, nos termos do art. 671.º, n.º 2, al. d), não bastando a invocação de uma contradição com outro acórdão da Relação²⁷.

3.7. Pese embora a valia desta argumentação, não creio que a solução corresponda ao que decorre da aplicação dos critérios de interpretação normativa²⁸.

O primeiro requisito implica que se encontre nas normas a interpretar um apoio literal mínimo, o que não ocorre, nem na al. d) do n.º 2 do art. 629.º nem no n.º 2 do art. 671.º. Naquele preceito não se estabelece qualquer distinção entre acórdãos da Relação sobre decisões finais ou intermédias de 1.ª instância ou sobre decisões que tenham apreciado questões de mérito ou de natureza processual. Por outro lado, a respeito dos acórdãos da Relação sobre decisões interlocutória de cariz adjetivo, a al. a) do n.º 2 do art. 671.º remete de forma genérica para todo o preceituado no art. 629.º, n.º 2, sem exclusão da al. d).

Considerando que a norma especial do art. 629.º, n.º 2, al. d), visa os acórdãos da Relação “*de que não caiba recurso ordinário por moti-*

²⁷ Esta mesma base argumentativa subjaz aos Acs. do STJ de 28-6-23, 115/16 (admissibilidade do incidente de habilitação de cessionário), de 26-11-20, 279/19 (tempestividade da contestação), de 12-11-20, 6333/15 (recebimento de embargos de executado), de 13-10-20, 954/18 (indeferimento de incidente de intervenção de terceiros), de 9-7-20, 1023/13 (oposição à penhora), de 30-4-20, 7459/16 (exceção de preterição de tribunal arbitral), de 10-12-19, 704/18 (sobre a admissão de um rol de testemunhas), de 12-2-19, 763/15 (sobre a apreciação de uma nulidade processual) e de 29-1-19, 1410/17 (oportunidade da contestação).

²⁸ Argumentos que, com mais desenvolvimento, estão enunciados em *Recursos em Processo Civil*, 7.ª ed., pp. 61 e ss.

vo estranho à alçada do tribunal”, pode afirmar-se, relativamente aos acórdãos sobre decisões interlocutórias de 1.^a instância em matéria processual, que o “motivo estranho” a que a norma alude reside precisamente no facto de, segundo o disposto no n.º 2 do art. 671.º, não admitirem, por regra, recurso de revista, justificando-se a sua interposição sempre que a situação de insegurança jurídica decorra de divergências ao nível do segundo grau de jurisdição que se revelem insuperáveis por outra via.

Em reforço desta solução, realçando agora um elemento de ordem sistemática, constata-se que aquele preceito se integra nas “disposições gerais” sobre recursos, o que permite confirmar que a sua amplitude abarca qualquer acórdão da Relação em contradição com outro acórdão da Relação, sempre que o acesso ao recurso de revista esteja impedido ou limitado por razões legais desligadas do valor do processo.

Mas, independentemente do apoio que esta solução encontre nos precedentes argumentos literal e sistemático, creio que a primazia deve ser dada ao argumento de ordem racional ou teleológico que também conduz ao mesmo resultado.

Nesta perspetiva, é a aplicação autónoma da al. d) do n.º 2 do art. 629.º, face ao previsto na al. b) do n.º 2 do art. 671.º, que permite que possam ficar no “radar” do Supremo Tribunal de Justiça acórdãos da Relação em divergência com outros acórdãos da mesma ou de outra Relação, impedindo que persistam entendimentos contraditórios em matéria de direito adjetivo sem efetiva possibilidade de resolução pelo órgão jurisdicional cuja missão está precisamente centrada na apreciação de questões de direito. A admissão do recurso de revista em tais situações permite impedir que cristalizem na jurisprudência de alguma ou de todas as Relações soluções contrárias ao direito positivo sem que aos interessados seja possível superar a situação mediante o acesso ao terceiro grau de jurisdição.

É esta a argumentação que também vem sendo aceite por um segmento relevante da jurisprudência do Supremo e que foi refletida designadamente nos Acs. de 8-9-21, 122900/17 (contagem do prazo para arguir deficiências da gravação), de 12-11-20, 9630/17 (improcedência da exceção de preterição de tribunal arbitral), de 12-9-19, 587/17 (alteração de requerimento probatório) e de 1-3-18, 3580/14 (realização de inspeção judicial e junção de documento). Assim também nos Acs. do STJ de 14-7-20, 1219.16 (oposição à penhora), relatado pelo signatário, e

de 23-1-20, 1303.17 (prosseguimento da execução), ambos em <https://jurisprudencia.csm.org.pt>²⁹.

²⁹ Neste último aresto, num caso em que estava em causa a impugnação de uma decisão sobre o prosseguimento de uma ação executiva, apesar de estar pendente um processo de execução fiscal (decisão interlocutória de cariz adjetivo), argumentou-se, no essencial, que:

- “Se a al. a) do citado art. 671.º, n.º 2, remete para a norma do citado art. 629.º, n.º 2, al. d), cujo segmento faz referência expressa à contradição de julgados entre acórdãos da Relação, sem afastar esta possibilidade, a conclusão a tirar, de acordo com o estipulado no art. 9.º, n.ºs 1 e 3 do CC, é a de que o legislador, intencionalmente, entendeu por bem admitir o recurso de revista dos acórdãos da Relação que apreciem decisões interlocutórias que recaiam sobre questão de natureza processual, quando o acórdão recorrido da Relação «esteja em contradição com outro, dessa ou de diferente Relação», não podendo, agora, o intérprete restringir o campo de aplicação do citado art. 629.º, n.º 2, al. d), ex vi art. 671.º, n.º 2, al. a)”;

- Tal solução pretende abarcar não apenas as “decisões interlocutórias proferidas no âmbito dos processos relativamente aos quais existe uma norma legal específica a excluir ou a condicionar a admissibilidade do recurso de revista por razões que nada têm a ver com a alçada”, como ainda os casos de “contradição atinente a decisões interlocutórias proferidas pela Relação no âmbito de qualquer processo relativamente aos quais não existe uma norma legal específica a vedar ou a condicionar o acesso ao terceiro grau de recurso”;

- “Nos casos em que está em causa um acórdão da Relação que apreciou uma decisão interlocutória incidente sobre questões de natureza essencialmente processual, a interpretação mais conforme com a vontade do legislador e com a unidade do sistema jurídico, é a de que é o próprio art. 671.º, n.º 2 (ao estabelecer que só caberá revista nos casos em que o recurso seja sempre admissível), que constitui a norma ou disposição especial que condiciona o acesso ao STJ «por motivo estranho à alçada”;

- E, para rematar, nele se refere que “a defender-se a restrição do âmbito de aplicação do art. 671.º, n.º 2, al. a), por referência ao art. 629.º, n.º 2, al. d), aos casos em que o acórdão da Relação que apreciou a decisão interlocutória tenha sido proferido em processo do qual não caiba recurso por força de disposição especial, tal se traduziria num esvaziamento do conteúdo da norma constante da al. b) do n.º 2 do art. 671.º, pois, não se admitindo o recurso de revista em caso de oposição entre acórdãos da Relação quanto a decisões interlocutórias que versem sobre questões adjetivas, estas questões nunca chegariam ao Supremo.”

Já no Ac. do STJ de 12-11-20, 9630/17, asseverou-se que, embora a aplicabilidade da al. d) do art. 629.º, n.º 2, às decisões interlocutórias seja controvertida, “o recurso de decisões interlocutórias, com fundamento na contradição entre acórdãos dos Tribunais da Relação, é admitido pela al. a) do art. 671.º, n.º 2, em ligação com a al. d) do art. 629.º, n.º 2”. Isto porque, em primeiro lugar, “a al. a) do art. 671.º, n.º 2, depõe no sentido de que o recurso de decisões interlocutórias é admitido em todos os casos do art. 629.º, n.º 2, incluindo os casos da al. d) do art. 629.º, n.º 2” e, em segundo lugar, porque, “por causa do sistema de princípios e de valores subjacente ao texto dos arts. 629.º, n.º 2 e

A análise dos acórdãos em que se manifesta a contradição jurisprudencial acerca do âmbito de aplicação do art. 629.º, n.º 2, al. d), revela que estão geralmente em causa questões de direito processual apreciadas em 1.ª instância e reapreciadas pela 2.ª instância que não encontram resposta ou obtêm uma resposta incipiente na jurisprudência do Supremo. Estão em causa questões de natureza meramente instrumental relacionadas com nulidades processuais, contagem de prazo regressivo, tempestividade ou extemporaneidade da contestação, apresentação de rol de testemunhas, junção ou rejeição de documentos, admissibilidade de meios de prova ou alteração de requerimento probatório. Também surgem aspetos atinentes ao prosseguimento de ação executiva suspensa, recebimento de embargos de executado ou oposição à penhora. Em qualquer caso, matérias que geralmente escapam à intervenção do tribunal de revista cuja atividade está centrada na apreciação de questões de mérito ou na apreciação de questões de direito adjetivo envolvidas nos recursos de revista interpostos ao abrigo do n.º 1 do art. 671.º, de modo que se revela, na prática, difícil ou mesmo inviável para a parte que pretenda impugnar o acórdão da Relação instruir o recurso de revista com um acórdão do Supremo divergente.

Neste contexto em que se verifica a ausência ou a escassez de jurisprudência do Supremo, uma via interpretativa que, fazendo jus à remissão constante do art. 671.º, n.º 2, al. a), sustente a aplicação integral e autónoma da al. d) do n.º 2 do art. 629.º, é aquela que torna verdadeiramente possível às partes obter do tribunal de revista uma resposta que supere contradições jurisprudenciais ao nível das Relações, definindo, com a autoridade que lhe é própria, a solução ajustada³⁰. É, aliás, deste modo que se pode alcançar, por via do eventual julgamento ampliado da revista, nos termos do art. 686.º, a uniformização de jurisprudência cujo valor qualificado contribui para a segurança e certeza na aplicação do direito.

Já, pelo contrário, a exigência de invocação de um acórdão do Supremo em divergência com o acórdão recorrido, para além de contrariar os aludidos elementos literal e sistemático, tem como resultado prático inviabilizar a possibilidade de aquele órgão sindicar, em termos efetivos, o modo como as Relações reapreciam questões de direito adjetivo emergentes de decisões interlocutórias da 1.ª instância a fim de con-

671.º, n.º 2”, a referida al. d) “consagra, ou pretende consagrar, uma garantia de harmonia decisória entre as Relações”.

³⁰ No mesmo sentido, cf. LOPES DO REGO, “A dupla conforme”, em *Cadernos do STJ – Seções Cíveis*, 2021, pp. 16-17.

tribuir para os objetivos da igualdade, segurança e previsibilidade que devem orientar os tribunais no desempenho da função jurisdicional.

3.8. Por conseguinte, sendo indiscutível que no preceituado na al. d) do n.º 2 do art. 629.º se inscreve i) o recurso de revista dos acórdãos da Relação que incidam sobre decisões proferidas em procedimentos cautelares ou em processos de jurisdição voluntária, superando as limitações constantes, respetivamente, dos arts. 370.º, n.º 2, e 988.º, n.º 2, ii) assim como o recurso dos acórdãos da Relação sobre questões de direito substantivo apreciadas em ações em que, por regra, não é admissível revista, o seu âmbito abarca ainda os iii) acórdãos da Relação que incidam sobre decisões interlocutórias de 1.ª instância que apreciaram questões emergentes da relação processual, desde que ocorra uma contradição com outro acórdão da mesma ou de outra Relação (ou, naturalmente, quando seja o caso, com acórdão do Supremo), abrindo-se, deste modo, a possibilidade de as divergências serem dirimidas pelo Supremo.

Acrescento ainda o seguinte argumento: sendo exigível que as normas de direito adjetivo primem pela clareza, impõe-se que, enquanto a polémica não for solucionada por via legislativa³¹, seja ponderada a necessidade de se adotar a solução que se revele mais favorável à recorribilidade das decisões, concretizando, neste plano, o entendimento que recentemente foi exposto na fundamentação do Ac. do Trib. Const. n.º 766/2022 (retomado, depois, no Ac. n.º 77/2023) de que “num processo equitativo não podem aceitar-se efeitos preclusivos intensos sobre direitos essenciais das partes (como é, indiscutivelmente, o direito ao recurso) com base em regras pouco claras”³².

É verdade que numa situação anteriormente apreciada, em que também estava em causa a interpretação do preceituado nos arts. 629.º, n.º 2,

³¹ A clarificação foi tentada, mas não consumada, com a apresentação da *Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.ª*.

³² No mesmo aresto refere-se ainda que “quanto mais intenso é o efeito preclusivo (intensidade medida pela centralidade do direito afetado), mais exigente deve ser o intérprete com a clareza da regra na qual esse efeito se baseia, clareza que há de buscar-se, antes de mais, na própria letra da lei, regra que visa evitar que o risco interpretativo seja desproporcionalmente alocado à parte, com sacrifício dos seus direitos processuais, e injustificadamente aliviado do lado do legislador, que tem o dever de sinalizar com clareza os efeitos desfavoráveis, principalmente a supressão de direitos processuais de grande importância”.

Tratava-se de um caso em que se questionava o modo de contagem de um prazo para a interposição de recurso depois de ter sido publicada legislação que suspendeu a sua

al. d), e 671.º, n.º 2, o Trib. Const. concluiu que a adesão à tese mais exigente não colocava problemas de constitucionalidade (Acs. n.ºs 263/2020 e 159/2019), mas tal não pode fazer perder de vista que, a respeito de normas de direito ordinário que se revelem ambíguas relativamente a matérias de natureza processual, deve prevalecer a interpretação que se revele mais conforme com a tutela de direitos materiais, a qual será tanto mais favorecida quanto mais ampla for a possibilidade de intervenção dos órgãos jurisdicionais das diversas instâncias especialmente justificada em casos em que a insegurança jurídica tem na sua base divergências jurisprudenciais ao nível das Relações.

Em matéria de direito adjetivo e especificamente em relação à impugnação de decisões, as restrições devem encontrar nas normas uma inequívoca sustentação. Se, como se disse inicialmente, os interessados têm o direito de ser confrontados com normas processuais claras que assegurem a igualdade no tratamento e a previsibilidade dos resultados, constatada uma situação nebulosa como a enunciada, as razões de segurança jurídica, associadas à tutela jurisdicional efetiva, devem fazer pender o intérprete para uma solução que não restrinja a recorribilidade das decisões nos diversos graus de jurisdição.

Mas, como já se disse, se e enquanto o legislador não assumir uma posição clarificadora, a reversibilidade de alguns dos argumentos expostos justifica uma pronúncia uniformizadora do Supremo Tribunal de Justiça. Com efeito, não bastando o facto de nem as partes nem os Tribunais da Relação em que são interpostos os recursos de revista poderem, com segurança, afirmar ou rejeitar a possibilidade de impugnação, a gravidade da situação e a premência da sua resolução aumen-

contagem por razões ligadas à pandemia. Tendo o recorrente partido do pressuposto de que tal preceito apenas se aplicaria aos recursos interpostos de decisões proferidas depois da entrada em vigor dessa lei, o tribunal *a quo* assumiu uma interpretação diversa, aplicando-a à interposição de recursos de decisões anteriormente proferidas e cujo prazo de impugnação estava em curso, o que determinou a preclusão do direito ao recurso.

Já no Ac. do Trib. Const. n.º 77/2023 estava em causa a dispensa ou não de notificação do recorrente tendente ao exercício do contraditório num caso em que a ampliação do objeto do recurso por parte do recorrido não era totalmente inequívoca em face das exigências formais previstas no art. 836.º.

Semelhante jurisprudência que privilegia a interpretação mais conforme com normas e princípios constitucionais foi adotada muito recentemente no Ac. do STJ de 12-10-23, 52169/22, onde se faz menção aos arestos do Trib. Const. n.ºs 678/98, 485/2000, 56/2003, 183/2006, 335/2006, 620/13 e 604/2018.

ta quando se constata que tão pouco no próprio Supremo se encontra uma resposta uniforme à aludida questão processual.

4. RECURSO DE REVISTA SUBORDINADO (ART. 633.º, N.º 5)

Uma das funções do Supremo Tribunal de Justiça é a de uniformizar jurisprudência, o que tanto ocorre através do julgamento ampliado da revista como do recurso extraordinário, neste caso, tendo por base a contradição entre dois acórdãos do Supremo. Foi precisamente assim que foi resolvida uma divergência jurisprudencial em torno do regime do recurso de revista subordinado previsto no n.º 5 do art. 633.º.

Tratava-se de apurar se a admissibilidade do recurso subordinado sem dependência do requisito relacionado com a sucumbência esgotava os casos abarcados pelo preceito ou se, por via da intervenção do princípio da igualdade, ou de analogia, o seu âmbito deveria estender-se a casos em que o impedimento ao recurso de revista subordinado assestasse na verificação de outro impedimento, *in casu*, a dupla conformidade relativamente ao segmento decisório em que o recorrente subordinado ficara vencido (n.º 3 do art. 671.º).

A interpretação fixada pelo Supremo através do AUJ n.º 1/20 foi no sentido de que a admissibilidade do recurso de revista subordinado, nos casos de dupla conformidade relativamente ao segmento decisório impugnado por aquela via, não prescinde da utilização da via excecional, nos termos gerais dos arts. 671.º, n.º 3 e 672.º (“O recurso subordinado de revista está sujeito ao n.º 3 do art. 671.º do CPC, a isso não obstante o n.º 5 do art. 633.º do mesmo Código”)³³.

Apesar disso, reconhecendo que, malgrado a letra da lei, não existem razões para diferenciar ambas as situações, seria conveniente uma intervenção legislativa que estabelecesse a equiparação dos casos em que exista dupla conformidade àqueles em que a admissibilidade do recurso subordinado encontre impedimentos decorrentes do valor da sucumbência, como constava, aliás, da *Proposta de Lei* n.º 92/XIV/2.^a.

³³ Assim foi o recentemente decidido nos Acs. do STJ de 14-9-23, 3847/20 e de 12-4-23, 935/20.

LEBRE DE FREITAS/RIBEIRO MENDES defendem a interpretação extensiva do preceito (*ob. cit.*, p. 62), ao passo que para TEIXEIRA de SOUSA se imporia uma interpretação atualista que equiparasse ambas as situações (*Manual de Processo Civil*, vol. II, p. 163).

5. RECURSO DE REVISTA NO ÂMBITO DA RECLAMAÇÃO PREVISTA NO ART. 643.º

5.1. A norma do art. 643.º, associada ao n.º 5 do art. 652.º, confronta-nos com a questão da admissibilidade do recurso de revista do acórdão da Relação que confirme o despacho do juiz de 1.ª instância de rejeição do recurso de apelação.

Uma interpretação descontextualizada de tais preceitos é suscetível de conduzir a uma solução afirmativa da admissibilidade do recurso de revista, nos termos gerais, atento o teor do n.º 5 do art. 652.º. Creio, no entanto, que a conjugação dos preceitos e a ponderação da evolução histórica do regime determina solução diversa que se traduz na inadmissibilidade de recurso de revista, sem embargo dos casos em que o recurso é sempre admissível, atento o disposto no n.º 2 do art. 629.º.

5.2. O atual regime de apreciação da reclamação contra o despacho de rejeição do recurso de apelação sucedeu a um outro em que esse poder estava concentrado no Presidente da Relação cuja decisão era definitiva. No atual regime, a reclamação da decisão do juiz de 1.ª instância de rejeição do recurso de apelação é apreciada pelo relator no Tribunal da Relação e eventualmente secundada por acórdão da Relação (n.º 3 do art. 652.º), revelando-se manifestamente desajustada a possibilidade de, ainda assim, se admitir, uma impugnação final para o Supremo ao abrigo do n.º 1 do art. 671.º.

O que se justifica, por resultar da aplicação integrada de regras gerais, é aceitar a intervenção do Supremo nos casos em que o recurso é sempre admissível, ou seja, nas situações previstas no n.º 2 do art. 629.º³⁴.

³⁴ Como se refere no Ac. do STJ de 31-3-22, 925/12, “o acórdão prolatado em conferência, no Tribunal da Relação, que indefere a reclamação da decisão da 1.ª instância de não admissão de recurso de apelação, confirmando essa decisão, em princípio, não é recorível para o Supremo Tribunal de Justiça, com exceção das situações excecionais, em que é sempre admissível recurso previstas nos arts. 629.º, n.º 2 e 671.º, n.º 2, uma vez que não nos encontramos perante qualquer uma das situações previstas no art. 671.º de admissibilidade do recurso de revista”.

Neste sentido, cf. também os Acs. do STJ de 24-5-22, 20464/95, de 5-5-22, 9976/16, de 5-5-22, 932/17, de 31-3-22, 925/12, de 9-12-21, 2290/09, de 17-11-21, 8385/16, de 25-1-21, 19477/16, de 12-11-20, 788/12, de 10-11-20, 2657/15, de 3-11-20, 1560/13, de 13-10-20, 4044/18, de 29-10-19, 565/13, de 21-2-19, 27417/16, de 24-4-18, 3429/16, de 11-1-17, 68/13 e de 19-2-15, 3175/07.

Verificada, nas circunstâncias previstas no art. 629.º, n.º 2, al. d), uma eventual contradição entre o acórdão da Relação confirmativo de decisão do juiz de 1.ª instância de rejeição do recurso de apelação e outro acórdão da Relação sobre a mesma questão

É este regime que impede que possa estabilizar-se com a força de caso julgado um acórdão da Relação (alegadamente) desrespeitador de regras de competência em razão da matéria, ofensivo de caso julgado ou que contrarie acórdão de uniformização do Supremo³⁵ ou outro acórdão da Relação ou do Supremo.

Esta questão não se confunde com a admissibilidade do recurso de revista do acórdão da Relação que, em primeira mão, isto é, fora do incidente de reclamação previsto no art. 643.º, rejeite o recurso de apelação interposto de uma decisão de 1.ª instância prevista no art. 644.º, n.º 1 (por extemporaneidade, irrecorribilidade, ilegitimidade ou qualquer outro fundamento). Esta situação deve ser equiparada à prevista no n.º 1 do art. 671.º, já que o acórdão da Relação (confirmativo da decisão do relator de rejeição do recurso de revista, ao abrigo do art. 652.º, n.º 1, al. b)) põe efetivamente termo ao processo ou a um segmento do respetivo objeto (cf. adiante em 7.7).

6. RECURSO DE APELAÇÃO (ART. 644.º)

Ao contrário do que ocorre com o recurso de revista, a admissibilidade do recurso de apelação, no confronto com a norma do art. 644.º, não suscita dúvidas sérias, refletindo a ideia de que, em princípio, na generalidade dos processos, deve ser garantido um segundo grau de juris-

de direito, deve admitir-se a possibilidade de tal contradição ser sanada pelo Supremo mediante a interposição de recurso de revista. O mesmo se diga quando, porventura, estiver em causa a aplicação do disposto nas als. a) e c).

Minoritária e, no meu entender, injustificada é a tese que foi adotada nos Acs. do STJ de 16-5-23, 393/14 e de 28-4-21, 206/14, de que nunca haverá recurso de revista. Invalidando o que, de âmbito geral, decorre do art. 629.º, n.º 2, não é concebível, por exemplo, que se negue a admissibilidade desse recurso de um acórdão da Relação que, ao apreciar a reclamação deduzida ao abrigo do art. 643.º, desrespeite um acórdão de uniformização de jurisprudência.

Já RUI PINTO advoga uma maior amplitude do recurso, equiparando o acórdão recorrido àquele em que a Relação, ex novo, recusa a apreciação do mérito do recurso de apelação admitido na 1.ª instância (*Manual do Recurso Civil*, vol. I, p. 330, nota 1295, e “Repensando os requisitos da dupla conforme”, em *Julgare Online*, novembro de 2019, p. 7, nota 11), solução que, pelas razões já apresentadas, creio que deve ser rejeitada.

³⁵ Como, por exemplo, o AUJ n.º 9/09 (“*Os procedimentos cautelares revestem sempre carácter urgente mesmo na fase de recurso*”) ou o AUJ n.º 1/21 (“*Os atos inseridos na tramitação de processos qualificados como urgentes, cujos prazos terminem em férias judiciais, são praticados no dia do termo do prazo, não se transferindo a sua prática para o primeiro dia subsequente ao termo das férias judiciais*”).

dição³⁶. Conquanto esta exigência não tenha uma base constitucional objetiva (tratando-se de matéria sujeita ao critério discricionário do legislador ordinário, temperado pelo princípio da proporcionalidade), a admissibilidade de recurso de apelação está essencialmente dependente do valor do processo e da sucumbência, em conjugação com o valor da alçada do tribunal de 1.^a instância.

Tal acontece, desde logo, com a identificação das decisões de 1.^a instância abrangidas pelo n.º 1 do art. 644.º, sendo fácil a delimitação daquelas que põem termo ao processo, como ocorre com o indeferimento liminar, a decisão de absolvição da instância ou de extinção da instância por outro motivo ou a sentença final.

Mesmo a norma da al. b) que se reporta a despachos saneadores que, sem porem termo ao processo na sua globalidade, apreciem o mérito da causa ou absolvam o réu da instância, beneficia de uniformidade jurisprudencial e doutrinal. Com efeito, é clara a delimitação daqueles que, a partir da apreciação de normas de direito substantivo, incidem sobre o mérito da ação, traduzindo a apreciação de alguma exceção perentória ou de questão de direito substantivo determinante da procedência ou improcedência da ação. E até o segmento normativo referente à absolvição da instância vem sendo interpretado de forma unívoca, englobando também os despachos saneadores de que resulte a extinção parcial da instância por qualquer das formas previstas no art. 277.º, sem limitação àqueles a que subjaz algum fundamento de absolvição da instância.

Relativamente aos procedimentos cautelares, sendo escassas as normas relevantes, importa que se aprecie cada uma das decisões. Assim, em princípio, não é admissível recurso autónomo de decisões interlocutórias, salvo se encontrarem apoio em alguma disposição legal, de modo que a sua impugnação far-se-á com o recurso interposto de algum dos despachos que ponha termo ao procedimento, nos termos do art. 644.º, n.º 3. Mas já deve ser assegurada a recorribilidade da decisão

³⁶ As dúvidas que atravessam a regulação de alguns aspetos do recurso de apelação não emergem tanto de normas relacionadas com a admissibilidade de recurso de apelação, antes com o teor das alegações, especialmente quando se pretende impugnar a decisão de facto, matéria que, sendo relevante e objeto de uma vasta jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, extravasa os limites deste trabalho.

Muito recentemente, em 17-10-23, no proc. 8344/1, foi proferido o **AUJ n.º 12/23** que veio fixar a seguinte jurisprudência: *“Nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 640.º do CPC, o recorrente que impugna a decisão sobre a matéria de facto não está vinculado a indicar nas conclusões a decisão alternativa pretendida, desde que a mesma resulte, de forma inequívoca, das alegações”*.

que se traduza no indeferimento liminar (art. 629.º, n.º 3), na medida em que põe termo ao procedimento, e bem assim, por outros motivos, da decisão que indefira a dispensa de contraditório requerida ao abrigo do art. 366.º, n.º 1, uma vez que, alegando o requerente fundamentos justificativos dessa dispensa, revelar-se-ia absolutamente inútil a impugnação diferida da decisão que indeferisse tal pretensão (art. 644.º, n.º 2, al. h))³⁷.

Também admitem recurso, nos termos gerais, as seguintes decisões:

- Absolvição do requerido da instância, por verificação de exceção dilatória;
- Indeferimento total da providência requerida;
- Deferimento total da providência requerida;
- Deferimento parcial;
- Decretamento de providência diversa da requerida, mas que se revele mais adequada à situação de *periculum in mora* (art. 376.º, n.º 3).

Em qualquer destas situações, está em causa uma pronúncia quanto à concessão da providência, sendo a recorribilidade assegurada diretamente pelo art. 644.º, n.º 1, al. a), desde que se mostrem verificados os demais requisitos.

Mas não se esgotam aqui as decisões suscetíveis de recurso de apelação, envolvendo quer o despacho que, nos termos do n.º 3 do art. 373.º, determine ou indefira o levantamento da providência sustentado na sua caducidade ou na extinção do procedimento cautelar, quer a decisão que, ao abrigo do art. 368.º, n.º 3, admita ou rejeite a substituição da providência por caução. O mesmo ocorre quando o juiz, no âmbito do incidente de oposição, aprecie a revogação ou a redução dos limites da providência (n.º 3 do art. 372.º), uma vez que, apesar de a decisão se integrar naquela que inicialmente concedeu a providência cautelar, não deixa de implicar também, no todo ou em parte, uma pronúncia sobre o levantamento da providência, sendo, por isso, passível de recurso imediato.

Quanto à delimitação das decisões interlocutórias típicas enunciadas no n.º 2 do art. 644.º, para além dos despachos que no anterior regime dualista estavam sujeitos a recurso de agravo com subida imediata,

³⁷ Cf. ABRANTES GERALDES, *Recursos em Processo Civil*, 7.ª ed., p. 257, nota 430, e Acs. da Rel. de Lisboa de 16-10-09, 224298/08 e de 27-1-00, na CJ, t. I, pág. 95 e da Rel. de Coimbra, de 27-1-04, CJ, t. I, p. 22.

foram acrescentados outros cuja impugnação imediata, sem aguardar por desenvolvimentos posteriores, pode contribuir para a maior eficiência e celeridade dos mecanismos processuais, como ocorre com os despachos que apreciam a admissibilidade ou inadmissibilidade de algum articulado ou meio de prova.

7. RECURSO DE REVISTA (ART. 671.º)

7.1. Em relação à admissibilidade do recurso de revista, cujo regime fixado em 2007 foi genericamente transposto para o CPC de 2013, são diversas as dúvidas que continuam a pairar.

Um dos objetivos da reforma do regime dos recursos de 2007 foi o de racionalizar o acesso ao terceiro grau de jurisdição por forma a libertar o Supremo de recursos sem necessária justificação, deixando campo para o aperfeiçoamento da resposta judiciária nos demais casos, através de decisões mais sólidas e mais céleres. Para o efeito, o legislador ampliou para € 30.000,00 o valor da alçada da Relação e, em termos que depois foram fixados no atual art. 671.º, limitou, em regra, o recurso de revista aos acórdãos da Relação que, incidindo sobre decisões de 1.ª instância, apreciem o mérito da causa ou que, independente do seu conteúdo, ponham termo ao processo. Mas foi sobretudo a introdução da figura da dupla conformidade, já ensaiada no regime anterior a respeito dos recursos de agravo em 2.ª instância, que materializou verdadeiramente aqueles objetivos, na medida em que, independentemente do valor da causa ou da sucumbência, a admissão do recurso de revista em tal situação ficou condicionada à alegação e concretização de fundamentos excepcionais e à prolação de uma decisão preliminar do próprio Supremo, nos termos do n.º 3 do art. 672.º. Já quanto aos acórdãos da Relação sobre decisões interlocutórias de 1.ª instância de matriz processual sofrem a restrição que emerge do n.º 2 do art. 671.º.

Confrontados com este novo regime, os interessados viram substancialmente reduzida ou condicionada a possibilidade de interpelação do Supremo, tornando-se visível o esforço no sentido de forçar a ultrapassagem dessas barreiras através de iniciativas que confrontam as Relações ou o Supremo com a necessidade de proceder a uma cuidadosa apreciação do pressuposto da recorribilidade.

7.2. Verificado o requisito do valor do processo ou da sucumbência, o n.º 1 do art. 671.º revela que, em regra, o recurso de revista se restringe

aos acórdãos da Relação³⁸ que, reapreciando decisões de 1.^a instância, apreciem o mérito da causa ou ponham termo ao processo.

Na primeira situação importa que o acórdão da Relação, ainda que não ponha termo ao processo, aplique normas de direito substantivo, seja em torno da apreciação de alguma exceção perentória, seja de qualquer questão ligada à interpretação e aplicação de normas de direito material aplicáveis ao concreto litígio. Assim, independentemente do teor da decisão de 1.^a instância sobre a qual incidiu o precedente recurso de apelação, é relevante para a admissibilidade do recurso de revista que o acórdão Relação aprecie alguma questão ligada ao mérito da causa, no sentido da sua procedência total ou parcial ou da sua improcedência³⁹.

Relevantes ainda para o efeito são os acórdãos da Relação que, incidindo sobre decisões de 1.^a instância, ponham termo ao processo, independentemente de tal ocorrer com base em fundamentos determinantes da absolvição da instância ou de qualquer outra forma de extinção da instância (*v.g.* deserção da instância ou inutilidade superveniente da lide). Também se mostra dissociada a admissibilidade do recurso de revista do facto de o termo do processo se reportar a todo o seu objeto ou apenas a um dos segmentos, bastando que a extinção da instância se reporte a algum dos réus, ou ao autor reconvinado, ou que se refira a algum dos pedidos cumulados.

É pacífico o entendimento de que não basta que o acórdão da Relação se pronuncie sobre exceções dilatórias para que seja de admitir o recurso. Salvo nos casos em que a recorribilidade esteja assegurada por outra via, como ocorre sempre que o acórdão recorrido tenha apreciado matéria conexa com a competência em razão da nacionalidade, hierarquia ou matéria ou indefira a exceção dilatória de caso julgado, o recurso de revista está reservado para os casos em que seja posto termo ao processo, no todo ou em parte.

Menos evidente é a resposta a dar quando o recurso de apelação seja rejeitado, em primeira mão, pela Relação com fundamento na falta de algum dos pressupostos ou requisitos legais (recorribilidade, legítimi-

³⁸ Ressalvado o recurso de revista *per saltum*, a interposição de recurso de revista pressupõe a existência de um acórdão da Relação. Por isso, sempre que na Relação se opte por decisão singular, é exigível, como passo fundamental, a convocação da conferência com vista à prolação de acórdão.

³⁹ São situações que ocorrem com mais frequências no âmbito de processos de inventário, de divisão de coisa comum ou de prestação de contas, posto que não sejam integradas no típico “*despacho saneador*”.

dade, tempestividade, existência de alegações e de conclusões, dupla conformidade, etc.).

Como já se referiu em 5.2., a melhor resposta que, ademais, vem obtendo a aceitação generalizada da jurisprudência do Supremo, é no sentido de equiparar essa situação àquela em que o acórdão da Relação põe termo ao processo, pois na realidade é este o efeito provocado sempre que, no âmbito da tramitação do processo na Relação, esta se abstém de apreciar o mérito de recurso de apelação que anteriormente foi admitido pela 1.ª instância⁴⁰.

Em suma, prevalece claramente a solução racionalmente mais ajustada que estabelece a equiparação dos acórdãos da Relação que, por qualquer motivo de ordem processual, rejeitam, total ou parcialmente, o recurso de apelação àqueles que põem termo ao processo, pois, para todos os efeitos, é colocado um ponto final na instância processual.

De outro modo, sem razões justificativas e sem apoio na letra da lei, correr-se-ia o risco de o resultado final de qualquer ação ficar unicamente dependente do que fosse decidido pela Relação em torno de uma questão de natureza processual, sem possibilidade de sindicar pe-

⁴⁰ Assim se decidiu no Ac. do STJ de 28-1-16, 1006/12, de que fui relator (“é admissível recurso de revista do acórdão da Relação que, incidindo sobre sentença de 1.ª instância, se abstém de apreciar o mérito do recurso de apelação por incumprimento dos requisitos constantes do art. 640.º do CPC e/ou por extemporaneidade do recurso”), tal como nos Acs. de 30-11-22, 104/20 e de 7-10-20, 1821/13. Na *Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.º* era expressamente assumida a equiparação.

Diversa foi, contudo, a solução adotada no Ac. do STJ de 5-5-22, 932/17 (idêntica à do Ac. de 28-10-21, 2743/17), onde se afirma que “o acórdão da Relação que indefere uma reclamação contra um despacho do relator que não admite o recurso de apelação ... não é um acórdão que ponha termo ao processo, «absolvendo da instância o réu ou algum dos réus quanto a pedido ou reconvenção deduzidos». Em tal acórdão é feita a menção a outros arestos do Supremo (Acs. do STJ de 9-12-21, 2290/0919, de 25-2-21, 12884/19, de 10-12-19, 4154/15, de 21-2-19, 27417/16 e de 19-2-15, 3175/17), mas uma análise mais detalhada revela que em tais acórdãos foi abordada a admissibilidade do recurso de revista do acórdão da Relação que confirmou a decisão de 1.ª instância de rejeição do recurso de apelação, ao abrigo da reclamação prevista no art. 643.º, questão que não se confunde com a da admissibilidade do recurso de revista nos casos em que a Relação, *ex novo*, ao abrigo do art. 652.º, n.º 1, al. b), rejeita o recurso de apelação anteriormente admitido pelo juiz de 1.ª instância. Mesmo a referência feita ao Ac. do STJ de 3-11-20, 1560/13, não teve em consideração o facto de estar em causa um recurso de revista interposto no âmbito de procedimento cautelar sujeito, por isso, à limitação excecional do n.º 2 do art. 370.º.

las vias normais o juízo em que tal decisão assentou⁴¹. Ora, não parece curial que se coloque unicamente na alçada da Relação, sem possibilidade de intervenção do Supremo, nos termos gerais, o destino da ação e dos direitos materiais nela discutidos, tanto mais que, privilegiando o conteúdo e os efeitos que emanam do acórdão da Relação proferido em tais circunstâncias, não existe qualquer diferença substancial entre o acórdão que rejeita o recurso de apelação e qualquer outro que determine a extinção da instância ou a extinção da instância recursória por qualquer outro motivo de ordem adjetiva.

7.3. Quanto à delimitação das decisões que se enquadram no n.º 2 do art. 671.º, é claro que apenas estão a coberto de tal norma acórdãos da Relação sobre decisões de 1.ª instância de natureza adjetiva, excluindo, por conseguinte, eventuais situações em que a 1.ª instância tenha apreciado questões atinentes ao mérito da ação (*v.g.* em processos de inventário) e que encontram cabimento na norma do n.º 1 do art. 671.º ou, nos casos em que o recurso de revista não seja admissível, na norma do art. 629.º, n.º 2, al. d).

Porém, como já se referiu em **3.6.**, existem claras divergências, quer na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça quer na doutrina, a respeito da aplicação autónoma da al. d) do n.º 2 do art. 629.º (contradição com outro acórdão da Relação) ou da sobreposição da al. b) do n.º 2 do art. 671.º (exigência de uma contradição entre o acórdão recorrido e um acórdão do Supremo).

7.4. Existem regras particulares, quer no CPC quer em diplomas avulsos, que impedem, condicionam ou limitam a possibilidade de interposição de recurso de revista.

Desde logo, a norma do art. 370.º, n.º 2, em sede de procedimentos cautelares, incluindo a inversão do contencioso (Ac. do STJ de 3-5-23, 704/21), que limita o recurso de revista aos casos em que o mesmo é sempre admissível, ou seja, aos casos previstos no art. 629.º, n.º 2.

Tal preceito teve por antecedente o n.º 2 do art. 387.º-A do CPC de 1961 e tem subjacente a ideia de privilegiar a celeridade e a eficácia das decisões cautelares, ante o pressuposto de que o valor da segurança se basta com o duplo grau de jurisdição assegurado nos termos gerais⁴².

⁴¹ Assim foi recentemente sufragado pelo Ac. do STJ de 30-11-22, 104/20, num caso em que a Relação rejeitara o recurso com fundamento na sua extemporaneidade.

⁴² Decidiu-se no Ac. do STJ de 11-10-22, 1747/20, que não existem, à partida, motivos para considerar inconstitucional o referido regime.

Os mesmos pressupostos sustentam a aplicabilidade da solução aos casos em que o objeto do recurso incide sobre acórdão da Relação proferido no âmbito de processo de execução baseado numa decisão cautelar (Ac. do STJ de 21-3-23, 140/19) ou em sede de embargos opostos à execução de uma decisão cautelar (Ac. do STJ de 30-3-23, 3533/21).

Ao ressaltar os casos em que o “recurso é sempre admissível”, a norma fornece uma solução direta quanto à admissibilidade de recurso de revista quando se verifique a violação de regras de competência absoluta, em razão da nacionalidade, matéria e hierarquia a ofensa de caso julgado, o desrespeito de jurisprudência uniformizada ou a contradição com outro acórdão da Relação sobre a mesma questão fundamental de direito (art. 629.º, n.º 2).

No âmbito da ação executiva, a admissibilidade do recurso de revista obedece ao regime que consta do art. 854.º. Daí que, sem embargo dos casos em que o recurso é sempre admissível, isto é, nas situações previstas no mencionado art. 629.º, n.º 2, associado ao art. 671.º, n.º 2, al. a)⁴³, e daqueles em que seja invocada a contradição prevista no art. 671.º, n.º 2, al. b), o recurso de revista está circunscrito aos acórdãos da Relação proferidos nos procedimentos de liquidação não dependente de simples cálculo aritmético, de verificação e graduação de créditos e de embargos de executado⁴⁴, ainda assim com a limitação geral associada aos casos de dupla conformidade⁴⁵.

Foi questionada a admissibilidade de recurso de revista, nos termos gerais, no âmbito do processo especial de prestação de contas, tendo por objeto o acórdão da Relação que aprecia a existência ou inexistência da obrigação de prestar contas no culminar da primeira fase do processo, ou seja, antes de se passar propriamente à prestação de contas. Tal questão foi decidida positivamente pelo **AUJ n.º 5/21**:

“O acórdão da Relação que, incidindo sobre decisão de 1.ª instância proferida ao abrigo do n.º 3 do art. 942.º do CPC, aprecia a existência ou inexistência da obrigação de prestar contas, admite recurso de revista, nos termos gerais”.

⁴³ Cf. os Acs. do STJ de 27-10-20, 2522/10 e de 17-12-19, 296/04. Importa, no entanto, ponderar a polémica em torno da aplicabilidade autónoma da al. d) do n.º 2 do art. 629.º, a qual foi descrita em **3.6**.

⁴⁴ Cf. o Ac. do STJ de 14-1-21, 159/16.

⁴⁵ Cf. os Acs. do STJ de 17-10-23, de 9-5-23, 375/05, de 21-3-23, 4057/16 e de 17-12-19, 296/04.

A mesma questão pode suscitar-se relativamente ao processo especial de divisão de coisa comum, em face do disposto no art. 926.º, n.º 2, merecendo uma resposta idêntica, já que igualmente se trata de uma forma processual que é composta por duas fases, sendo materialmente decisiva a resposta dada pelas instâncias às questões suscitadas na primeira fase, designadamente ligadas à divisibilidade ou contitularidade da coisa ou, até, a pretensões reconventionais⁴⁶.

No que concerne ao processo especial de acompanhamento de maiores, a norma relevante é a do art. 901.º. Porém, o facto de nela aludir apenas ao recurso de apelação não deve ser interpretado no sentido de impedir a admissibilidade do recurso de revista, servindo tal menção apenas para justificar a legitimidade para a interposição do recurso, a qual é concedida tanto ao requerente como ao maior acompanhado⁴⁷.

Contudo, questionando a amplitude da intervenção do Supremo, segundo uma das teses, o facto de o n.º 1 do art. 891.º estabelecer uma remissão para o regime dos processos de jurisdição voluntária determinaria a aplicação da restrição prevista no n.º 2 do art. 988.º, isto é, implicaria a inviabilidade de reapreciação pelo Supremo de acórdãos da Relação contendo resoluções adotadas segundo critérios de conveniência e oportunidade⁴⁸.

Discordando de tal solução, creio que uma resposta diversa que obsta à limitação dos poderes cognitivos do Supremo emerge do facto de se tratar de um processo de natureza contenciosa, sendo que a remissão feita para a regulação dos processos de jurisdição voluntária constante do n.º 1 do art. 891.º se reporta exclusivamente às normas que respeitam aos poderes do juiz, ao critério de julgamento e à alteração das de-

⁴⁶ Cf. ABRANTES GERALDES/PAULO PIMENTA/LUÍS FILIPE DE SOUSA, *CPC anot.*, vol. II, 2.ª ed., pp. 383 e 384.

A diversidade de acórdãos do Supremo que se debruçam sobre acórdãos da Relação em torno de questões de direito substantivo suscitadas na primeira fase do processo especial revela, ainda que implicitamente, a uniformidade de critério que vem sendo seguida.

⁴⁷ Assim se decidiu nos Acs. do STJ de 15-9-22, 786/20 e de 14-1-21, 4285/18. Cf. ainda MARIA DOS PRAZERES BELEZA, *ob. cit.*, nota 24.

⁴⁸ Neste sentido, cf. os Acs. do STJ de 15-9-22, 786/20 e de 10-11-20, 122/11. Cf. ainda PEDRO CALAPEZ, "Acompanhamento de maiores", em *Processos Especiais*, vol. I, p. 107, coord. RUI PINTO/ANA ALVES LEAL, e MARIA DOS PRAZERES BELEZA, *ob. cit.*, nota 24.

cisões regulados no n.º 1 do art. 988.º, matéria bem diversa da prevista no seu n.º 2⁴⁹.

Merecem uma referência especial os processos de jurisdição voluntária, pois, nos termos do art. 988.º, n.º 2, não é admitido recurso de revista de acórdãos da Relação que contenham resoluções fundadas em critérios de conveniência ou de oportunidade (art. 988.º, n.º 2)⁵⁰.

Este preceito traduz uma forte restrição no acesso ao terceiro grau de jurisdição, o que bem se compreende atenta a natureza das matérias em causa e o facto de, na maior parte dos casos, estar em causa a resolução de conflitos de interesses ou regulação de interesses mediante critérios de conveniência e de oportunidade. Ainda assim, sem prejuízo da restrição de âmbito geral emergente dos casos em que exista dupla conforme, nos termos dos arts. 671.º, n.º 3, e 672.º, algumas situações podem ser objeto de recurso de revista.

Tal ocorre quando seja invocada a violação de preceitos de natureza adjetiva, designadamente sobre o modo como a Relação apreciou a impugnação da decisão da matéria de facto (excluindo, é claro, os casos que estão envolvidos no n.º 4 do art. 662.º, ou seja, quando esteja em causa a aplicação das regras da livre apreciação dos meios de prova). Outrossim quando seja imputada ao acórdão da Relação a violação de normas de direito substantivo a respeito de alguma das questões apreciadas (v.g. idade máxima para efeitos de adoção ou recusa pura e simples da residência alternada), no pressuposto de que a margem que é concedida às instâncias para a aplicação de critérios de oportunidade ou de conveniência quanto à resolução do conflito de interesses ou regulação de interesses não dispensa o acatamento das normas que, a montante, regulam determinados aspetos ou impõem certos requisitos legais objetivos.

Já quanto aos acórdãos da Relação que contenham resoluções orientadas segundo juízos de oportunidade ou de conveniência não é admissível, em regra, recurso de revista⁵¹, sem embargo das situações ex-

⁴⁹ Neste sentido, cf. os Acs. do STJ de 10-3-22, 2076/10, de 11-2-21, 76/15 e de 17-2-20, 5095/14, assim como TEIXEIRA DE SOUSA, "O regime de acompanhamento de maiores: alguns aspetos processuais, www.cej.mj.pt, e ABRANTES GERALDES/PAULO PIMENTA/LUÍS FILIPE DE SOUSA, *CPC anot.*, vol. II, 2.ª ed, p. 358.

⁵⁰ A inconstitucionalidade do regime legal, num caso de adoção, foi negada pelo Ac. do Trib. Const. n.º 362/2020.

⁵¹ Cf. os Acs. do STJ de 21-4-22, 87/12 (regulação das responsabilidades parentais), de 30-11-17, 579/11 e de 6-6-19, 1621/14 (atribuição de casa de morada de família), de

traordinárias enunciadas no art. 629.º, n.º 2 (v.g. violação das regras de competência em razão da nacionalidade, da matéria ou da hierarquia, ofensa de caso julgado, discrepância relativamente a acórdão de uniformização ou contradição com acórdão da Relação).

Existe, porém, uma tendência crescente para invocar a violação de regras de legalidade em casos em que verdadeiramente o tribunal se quedou pela regulação dos interesses com base em critérios de conveniência e de oportunidade, situação que foi enfrentada pelo Ac. do STJ, de 17-11-21 (assim também pelo Ac. do STJ 10-3-22, 506/21) no qual se concluiu, com toda a razoabilidade, que

“o facto de se alegar que foi violado um conjunto de disposições legais, sem especificar as razões de facto e de direito por que teriam sido violadas, não significa que sejam suscitadas questões de legalidade e, em todo o caso, nunca transformaria questões de conveniência ou de oportunidade em questões de legalidade”⁵².

O recurso de revista nos processos de insolvência é o que decorre do disposto no art. 14.º, n.º 1, do CIRE, dependendo, em geral, da verificação de uma contradição entre o acórdão recorrido e outro acórdão da Relação centrada na mesma questão fundamental de direito, ressalvados os casos previstos no n.º 2 do art. 629.º do CPC⁵³.

Constitui jurisprudência corrente a de que a admissibilidade da revista ao abrigo daquele preceito não prescinde do requisito geral previsto no n.º 1 do art. 629.º, ou seja, apenas pode abarcar os acórdãos da Relação proferidos no âmbito de processos cujo valor exceda a alçada da Relação e em que a sucumbência também supere metade dessa alçada⁵⁴.

14-7-16, 8605/13 (confiança para adoção), de 22-4-15, 17892/12 e de 6-5-13, 503-D/1996 (alimentos devidos a menores) e de 5-11-09, 1735/06 e de 24-6-10, 622/07 (rpto internacional de menores).

⁵² Já, porém, o Ac. do STJ de 27-1-22, 19384/16, acabou por se imiscuir escusadamente em matéria de conveniência num caso em que pura e simplesmente se justificaria a rejeição do recurso.

⁵³ Discordo da solução adotada nos Acs. do STJ de 26-5-21, 5483/12 e de 13-7-17, 8951/15, que impediria o recurso de revista em casos em que o acórdão da Relação desrespeitasse jurisprudência uniformizada pelo próprio Supremo, ofendesse o caso julgado ou violasse regras que definem a competência dos tribunais em função da nacionalidade, matéria ou hierarquia.

⁵⁴ Cf. os Acs. do STJ de 13-9-23, 1998/22 e de 28-6-23, 3364/12.

O regime especial constante do n.º 1 do art. 14.º do CIRE é aplicável apenas aos recursos de revista interpostos no processo principal, com especial destaque para os que incidam sobre acórdãos da Relação que apreciaram sentenças de declaração de insolvência e de embargos, assim como as sentenças proferidas nos processos especiais de revitalização⁵⁵, de exoneração do passivo restante⁵⁶, de acordo de pagamento⁵⁷ ou de qualificação da insolvência⁵⁸.

Encontra-se estabilizado na jurisprudência do Supremo o entendimento segundo o qual estão sujeitos ao regime geral previsto no art. 671.º (e, em caso de dupla conforme, nos termos do art. 672.º) os recursos interpostos nos apensos declarativos do processo de insolvência⁵⁹, designadamente na separação do ativo ou na impugnação da resolução em benefício da massa insolvente⁶⁰. Aliás, no âmbito do recurso extraordinário n.º 3125/11, foi proferido, em 17-10-23, o **AUJ n.º 13/23** que fixou esse mesmo entendimento:

“A regra prevista no art. 14.º, n.º 1, do CIRE, restringe o acesso geral de recurso ao Supremo Tribunal de Justiça às decisões proferidas no processo principal de insolvência, nos incidentes nele processados e aos embargos à sentença de declaração de insolvência”⁶¹.

Relativamente ao incidente de dispensa de sigilo apreciado na Relação, nos termos do art. 417.º, n.º 3, são frequentes as tentativas de sujeitar o

⁵⁵ Cf. o Ac. do STJ 12-3-19, 4957/17.

⁵⁶ Cf. os Acs. do STJ de 28-6-23, 232/21, de 14-5-19, 12/12 e de 12-2-19, 3926/13. Contra: Ac. do STJ de 22-6-21, 881/15.

⁵⁷ Cf. os Acs. do STJ de 11-7-19, 1819/17 e de 9-4-19, 118/18.

⁵⁸ Cf. os Acs. do STJ de 15-2-23, 822/15 e de 5-7-22, 670/20.

⁵⁹ Cf. os Acs. do STJ de 29-10-19, 2589/15, de 23-10-18, 650/12, de 18-10-16, 106/13, de 12-8-16, 841/14, de 13-11-14, 1444/08 e de 17-6-14, 3125/11.

⁶⁰ Cf. os Acs. do STJ de 22-6-21, 1072/18, de 29-10-19, 2589/15, de 23-10-18, 650/12, de 18-10-16, 106/13, de 12-8-16, 841/14, de 13-11-14, 1444/08 e de 17-6-14, 3125/11.

⁶¹ Este **AUJ** veio fixar, com valor reforçado, a jurisprudência constante que, por exemplo, transparecia do Ac. do STJ de 26-1-21, 9756/15, quando nele se afirmava que: “O regime previsto no art. 14.º do CIRE, encontra-se circunscrito às decisões proferidas no processo principal de insolvência, nos incidentes nele processado e aos embargos à sentença de declaração de insolvência, excluindo-se as que sejam proferidas em qualquer dos restantes processos/incidentes que constituam apensos daquele”.

Afastada está definitivamente a aplicabilidade do art. 14.º, n.º 1, do CIRE, aos recursos

acórdão proferido a impugnação para o Supremo, mas a jurisprudência constante vai no sentido de rejeitar essa possibilidade, por falta de sustentação na norma do art. 671.º, de modo que apenas será impugnável nos casos em que o recurso é sempre admissível⁶².

8. REVISTA EXCECIONAL (ARTS. 671.º, N.º 3 E 672.º)

O principal condicionalismo que foi colocado ao recurso de revista na reforma de 2007 decorreu da figura da dupla conforme, nos termos que agora estão consagrados no n.º 3 do art. 671.º, podendo asseverar-se que, malgrado as dúvidas iniciais decorrentes do confronto com um regime inovador, é relativamente pacífica a delimitação dos casos, ainda que não se prescindia de uma análise atenta de cada um deles.

A principal dúvida que se suscitou e que a doutrina e a jurisprudência acabaram por resolver respeita à definição do conceito de dupla conformidade. Sendo inequívoca a sua aplicação a casos em que a Relação

de revista interpostos no âmbito de apensos ao processo de insolvência, como o de reclamação e de graduação de créditos, tese que foi assumida no Ac. do STJ de 14-11-13, 22332/09, relatado pelo signatário, mas que, tendo servido de fundamento ao recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência n.º 3125/11, acabou por decair na votação do Pleno.

Decidiu-se nos Acs. do STJ de 31-5-23, 65/16 e de 16-5-23, 113/16 que está sujeito ao disposto no n.º 2 do art. 671.º, sem aplicação do n.º 1 do art. 14.º do CIRE, o recurso de revista de acórdãos da Relação que apreciem decisões sobre natureza incidental de cariz adjetivo, como ocorre com a habilitação de cessionário.

⁶² Cf. ABRANTES GERALDES/PAULO PIMENTA/PIRES DE SOUSA, *CPC anot.*, vol. I, 3.ª ed., p. 870, e os Acs. do STJ de 14-9-23, 602/14, de 29-10-20, 24556/16, de 27-2-20, 18391/17, de 10-9-19, 17359/17, de 28-3-19, 864/17, de 22-11-18, 174/13, e de 12-7-05, 05B1901, *www.dsgi.pt*, e de 17-6-10, CJ, t. II, p. 113. Assim também o Ac. do STJ, de 5-7-18, 842/11, relatado pelo signatário, com o seguinte sumário: “1. Por recair sobre matéria incidental, o acórdão da Relação que aprecia o incidente de quebra de sigilo profissional suscitado nos termos do n.º 4 do art. 417.º do CPC não admite recurso de revista ao abrigo do n.º 1 do art. 671.º. 2. Sem embargo da aplicabilidade de alguma das exceções previstas no n.º 2 do art. 629.º do CPC, a não admissibilidade do recurso de revista não é imposta por qualquer norma constitucional que acautele o segundo grau de jurisdição.”

Semelhante solução foi seguida no Ac. do STJ de 10-9-19, 17359/17, com anot. crítica de TEIXEIRA de SOUSA, em <https://blogipcc.blogspot.com>, para quem a Relação decidiria em substituição do tribunal de hierarquia inferior, defendendo, assim, que o regime do recurso deve ser o mesmo que seria de aplicar se a decisão em causa tivesse sido tomada por esse tribunal, admitindo-se recurso do acórdão, ao que parece, nos termos do n.º 1 do art. 671.º.

confirme, com fundamentação substancialmente idêntica, o que foi decidido pela 1.^a instância, o elemento de ordem racional leva a estender a mesma solução àqueles em que a Relação assuma um resultado mais favorável ao recorrente do que aquele que foi declarado pela 1.^a instância⁶³.

Já quando a divergência ao nível do segmento decisório seja de natureza qualitativa (v.g. absolvição da instância, versus absolvição do pedido ou absolvição da instância com base em exceções dilatórias diversas) terá subjacente uma fundamentação substancialmente diversa, não havendo motivos para estabelecer aquela equiparação. Neste caso o recurso de revista obedece aos parâmetros gerais.

O mesmo se verifica nos casos em que a Relação aprecia *ex novo* alguma questão, embora confirmando o mesmo resultado declarado na decisão de 1.^a instância, como sucede quando rejeita a impugnação da decisão da matéria de facto por motivos extraídos da aplicação do art. 640.º, matéria que naturalmente não foi objeto de qualquer decisão anterior. Em tal situação, os fundamentos apreciados pela Relação e que acabam por se projetar na manutenção do resultado final acabam por ser inovadores, razão pela qual também não se justifica considerar que exista uma situação de dupla conformidade⁶⁴. Por conseguinte, o recurso de revista será interposto nos termos gerais e apenas para a eventualidade de o mesmo improceder na parte respeitante à impugnação da decisão da matéria de facto se justifica que sejam invocados imediatamente pelo recorrente fundamentos que permitam a sua admissão excecional, nos termos do art. 671.º, n.º 3.

É esta estratégia que permite um dos seguintes resultados: se acaso o Supremo julgar procedente o recurso de revista na parte concernente à impugnação da matéria de facto determinará a remessa dos autos para a Relação, considerando-se prejudicada a apreciação da parte restante do objeto da revista; já na eventualidade de improceder aquela impugnação, confirmando-se, deste modo, a dupla conformi-

⁶³ Cf., por todos, o Ac. do STJ de 3-5-23, 1866/14. O reconhecimento ganhou foros de uniformidade através do *AUJ n.º 7/22* cuja súmula é a seguinte: “*Em ação de responsabilidade civil extracontratual fundada em facto ilícito, a conformidade decisória que caracteriza a dupla conforme impeditiva da admissibilidade da revista, nos termos do art. 671.º, n.º 3, do CPC, avaliada em função do benefício que o apelante retirou do acórdão da Relação, é apreciada, separadamente, para cada segmento decisório autónomo e cindível em que a pretensão indemnizatória global se encontra decomposta.*” Era no mesmo sentido a *Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.ª*.

⁶⁴ Cf. o Ac. do STJ de 5-4-22, 1916/19.

dade decisória, só a prévia interposição cautelar da revista excepcional, com alegação de algum dos fundamentos previstos no art. 672.º, n.º 1, permite que o recurso seja apreciado pela Formação prevista n.º 3 e, depois de admitido, seja julgado pelo coletivo a quem o processo foi inicialmente distribuído.

Outras dificuldades na delimitação dos casos de dupla conformidade decorrem da verificação da existência ou não de fundamentação essencialmente idêntica⁶⁵, posto que neste campo a doutrina e a jurisprudência se revelem coerentes quando a uma exigência de que a conformidade se deve reportar aos aspetos que integram a *ratio decidendi* da decisão de 1.ª instância e do acórdão da Relação, desprezando as divergências laterais ou mesmo de natureza prejudicial. Assim ocorre igualmente com eventuais divergências na decisão da matéria de facto, não bastando que a Relação tenha procedido a uma qualquer modificação desse segmento decisório para se infirmar a dupla conformidade decisória, sendo relevante que sejam introduzidas na matéria de facto alterações que redundem numa modificação substancial do percurso jurídico que foi seguido pela 1.ª instância para atingir o mesmo resultado⁶⁶.

As divergências jurisprudenciais que foram suscitadas em torno de decisões com vários segmentos foram resolvidas por via do AUJ n.º 7/22:

“Em ação de responsabilidade civil extracontratual fundada em facto ilícito, a conformidade decisória que caracteriza a dupla conforme impeditiva da admissibilidade da revista, nos termos do art. 671.º, n.º 3, do CPC, avaliada em função do benefício que o apelante retirou do acórdão da Relação, é apreciada, separadamente, para cada segmento decisório autónomo e cindível em que a pretensão indemnizatória global se encontra decomposta”.

Naturalmente que está afastado o impedimento ao recurso de revista previsto no n.º 3 do art. 671.º nos casos em que o recurso é sempre admissível, ou seja, nas situações previstas no art. 629.º, n.º 2.

⁶⁵ Cf. o Ac. do STJ de 21-3-23, 3606/12.

⁶⁶ Cf. o Ac. do STJ de 21-3-23, 3606/12.

9. RECURSO DE REVISTA EM FUNÇÃO DO CONTEÚDO DO ACÓRDÃO DA RELAÇÃO (ARTS. 662.º, N.º 4 E 674.º, N.º 3)

9.1. Ao Supremo Tribunal de Justiça, como órgão de revista, são atribuídas competências em matéria cível que, por regra, se concentram na apreciação de questões de direito, apresentando-se como excecional a pronúncia sobre questões de facto atribuída às instâncias. Sendo a delimitação dos factos provados e não provados efetuada pelo tribunal de 1.ª instância, admite-se, com a largueza prevista no art. 662.º, que seja impugnada a respetiva decisão em sede de recurso de apelação, culminando com a fixação definitiva por parte do Tribunal da Relação. Tanto assim que a regra constante do n.º 4 do art. 662.º impede a interposição de recurso de revista que tenha por objeto a impugnação do acórdão nessa parte.

Todavia, também aqui se identificam exceções. O teor precativo da referida norma oculta uma outra realidade, já que aquele impedimento visa simplesmente os acórdãos da Relação proferidos nos estritos limites da aplicação dos n.ºs 1 e 2 do art. 662.º, sem prejudicar os casos em que seja invocada a violação de regras de direito adjetivo a respeito do exercício dos poderes referidos em tais preceitos⁶⁷, assim como o regime especial contido na parte final do n.º 3 do art. 674.º.

9.2. Também, se admite recurso de revista em casos em que o acórdão da Relação, no segmento relacionado com a matéria de facto, esteja errado de erro a que esteja subjacente a ofensa de alguma disposição legal expressa que exija para a demonstração de algum facto uma certa espécie de prova ou, numa perspetiva inversa, que tenha ignorado naquela circunscrição da matéria de facto alguma norma que, também de modo expresso, fixe o valor probatório de determinado meio de prova⁶⁸.

Trata-se de matéria recorrente que surge com frequência nos recursos de revista, sendo de assinalar, de uma forma sumária, que, na primeira previsão, estão em causa situações em que, por exemplo, a afirmação de um certo facto carecido de prova documental (*ad substantiam* ou *ad probationem*) é sustentada em prova testemunhal, pericial, presunção judicial ou em documento legalmente insuficiente. Estando afastada em tais casos a intervenção do princípio da livre apreciação das provas, a decisão da matéria de facto está submetida a prova vinculada, sem

⁶⁷ Cf. os Acs. do STJ de 10-10-23, 1088/12, de 22-6-23, 5756/17 e de 7-6-22, 6138/18.

⁶⁸ Não se tratando de um mero jogo de palavras, a adjetivação (“*expressa*”) reporta-se não à ofensa, mas ao teor da norma que estabelece a exigibilidade ou o valor de uma certa espécie de prova.

qualquer margem de liberdade apreciativa por parte das instâncias. Por isso, desde que seja identificada alguma norma de direito material que, de forma expressa, estabeleça uma determinada exigência probatória desprezada pela Relação, o respetivo acórdão é suscetível de ser impugnado nessa parte e o resultado poderá ser revertido pelo Supremo Tribunal de Justiça através da pura desconsideração de tal facto para a delimitação do objeto do litígio.

Já a parte final do preceito reporta-se a casos em que a Relação ignore o que, relativamente a determinado meio de prova, emerge de disposição legal expressa, negando a força probatória legalmente prevista ou atribuindo a determinado meio de prova valor que exceda o que resulta do direito probatório material. Ou seja, casos em que designadamente seja desconsiderado o valor de alguma declaração com valor confessório, de um acordo de partes estabelecido nos articulados relativamente a certo facto ou de algum documento, no perímetro que cobre o seu valor probatório pleno, ou ainda aqueles em que, de forma patológica, seja atribuído tal valor a um meio de prova que, por disposição expressa de lei, esteja sujeito ao princípio da livre apreciação.

Em qualquer destas situações, verificado o erro na aplicação de normas de direito probatório material, o acórdão da Relação é suscetível de recurso de revista nos termos gerais, pois, em boa verdade, conquanto se trate de um vício que fere a decisão da matéria de facto, envolve a violação de normas de direito material cuja apreciação ainda se inscreve no cerne das competências do Supremo, nos termos da regra geral do art. 674.º, n.º 1, al. a).

Avançarei ainda o seguinte. Porque se trata de um erro a respeito da indagação, interpretação ou aplicação de regras de direito material, a sua correção nem sequer depende da iniciativa da parte inscrita das alegações de recurso e nas respetivas conclusões. Ao invés, desde que o objeto do recurso de revista o permita, atento o disposto no art. 635.º, n.º 5, ou seja, desde que o acórdão da Relação seja impugnado na parte que concerne ao segmento decisório para o qual importam os referidos factos, o Supremo pode e deve apreciar oficiosamente tal erro decisório, nos termos do n.º 3 do art. 5.º, com resultado na eliminação, de entre o leque de factos considerados provados, daqueles que, contra a primeira regra, tenham sido considerados provados pela Relação, ou no aditamento dos factos que, contrariando a segunda regra, tenham sido omitidos.

9.3. A competência do Supremo conexa com a delimitação da matéria de facto provada ou não provada encontra ainda uma outra importante extensão que decorre da apreciação da violação ou da errada aplicação de regras processuais, nos termos do art. 674.º, n.º 1, al. b). Trata-se,

nestes casos, de uma competência que lida com as regras de direito probatório formal, na estrita medida em que as respetivas decisões sejam suscetíveis de recurso de revista.

A impugnação dos acórdãos da Relação que tenham por objeto decisões interlocutórias de cariz adjetivo (*in casu*, acórdãos em que tenham sido apreciadas questões de direito probatório formal) está sujeita ao condicionalismo previsto no art. 671.º, n.º 2, als. a) e b). Por outro lado, não deve ignorar-se a norma do n.º 4 do art. 662.º segundo a qual os acórdãos da Relação proferidos ao abrigo dos n.ºs 1 e 2 são insuscetíveis de recurso de revista.

Porém, ainda fica uma reserva de intervenção do Supremo para os casos em que a Relação, ao apreciar a impugnação da sentença na parte concernente à matéria de facto, tenha desrespeitado as regras impostas pelo art. 662.º, designadamente quando seja alegado que foi alterada a decisão da matéria de facto fora do quadro de aplicação dos n.ºs 1 e 2 ou que a Relação se absteve de apreciar a impugnação da decisão de facto a pretexto de terem sido incumpridos os ónus previstos no art. 640.º. Outrossim nos casos em que seja invocado o não uso ou o uso ilícito de poderes conferidos à Relação, nos termos do art. 662.º, n.ºs 1 e 2⁶⁹.

9.4. Não podemos ainda deixar de abordar uma questão a respeito da sindicabilidade dos acórdãos da Relação na parte respeitante ao uso ou não uso de presunções judiciais.

A impugnação é indubitavelmente admitida quando o acórdão da Relação, nessa parte, comporte violação de lei expressa respeitante ao valor probatório de tais presunções. Por isso, se acaso as instâncias ignoraram a exigência legal expressa de um determinado meio de prova para a demonstração de algum facto, a pretexto de que esse facto poderia ser induzido através de um juízo fundado em regras de experiência, estamos ainda no domínio de aplicação da regra constante do n.º 3 do art. 674.º. O mesmo se diga, inversamente, quando a Relação negue a existência de qualquer valor probatório a alguma presunção judicial que tenha sido assumida pela 1.ª instância, ignorando uma regra de direito material segundo a qual as presunções judiciais se inscrevem no princípio da livre apreciação das provas.

Problemática, sim, é a possibilidade de o Supremo exercer um efetivo controlo nos casos em que a Relação tenha atuado dentro das margens do princípio da livre apreciação legalmente consentido no caso

⁶⁹ Cf. os Acs. do STJ de 22-6-23, 5756/17 e de 7-6-22, 6138/18.

concreto, constituindo jurisprudência constante do Supremo que a sindicabilidade do uso das presunções judiciais está limitada aos casos em que determinado facto cuja prova não dependa de um meio probatório específico tenha sido considerado provado ou não provado contrariando todas as evidências proporcionadas pelas regras da ciência ou da lógica⁷⁰.

Ainda que em bom rigor também esta situação não encontre cobertura expressa no preceituado no art. 674.º, n.º 3, vem sendo assumida a extensão dos poderes do Supremo, sem que tal sirva para justificar a apreciação ou reapreciação indiscriminada dos efeitos que as instâncias extraíram ou deveriam ter extraído de presunções judiciais. Afinal, estando as presunções judiciais ligadas à aplicação ou não de juízos derivados das regras de experiência, em geral tais juízos estão associados a outros meios de prova sujeitos a livre apreciação das instâncias, de modo que a extensão dos poderes do Supremo, ao ponto de legitimar a sindicância do uso ou não uso de presunções judiciais, sempre implicaria a apreciação de tais meios de prova, tarefa que extravasa os limites de atuação de um órgão de revista essencialmente focado na apreciação de questões de direito.

10. CONCLUSÃO

O anterior enunciado revela que, sendo diversas as questões em torno da admissibilidade recursória cujas respostas se encontram pacificadas, relativamente a outras persistem dúvidas interpretativas geradoras de diversidade jurisprudencial.

É por isso que, sem prejuízo da uniformização das respostas por parte do Supremo Tribunal de Justiça, quer por via do julgamento ampliado da revista quer através do recurso extraordinário, será conveniente uma intervenção legislativa que ponha termo a polémicas desnecessárias e que acabam por perturbar o exercício pelos interessados de direitos processuais ou a apreciação da sua atuação por parte dos tribunais.

Basta para o efeito que, acima das opiniões subjetivas ou das divergências jurisprudenciais, sejam introduzidas alterações que transmitam ao

⁷⁰ Cf. os Acs. do STJ de 10-10-23, 1088/12, de 21-3-23, 1327/19 e de 9-3-22, 287/20.

Diversa é a posição de TEIXEIRA DE SOUSA que deixou expressa em A REVISTA, n.º 1, pp. 41-56, em artigo intitulado “*O controlo das presunções judiciais pelo Supremo Tribunal de Justiça*”.

sistema os atributos de certeza e de segurança que devem ser apanágio das normas de direito adjetivo, retomando, porventura, a Proposta de Lei n.º 92/XIV/2.^a, da qual já constavam, entre outras, as seguintes modificações:

“Artigo 671.º

[...]

1 - Cabe revista para o Supremo Tribunal de Justiça:

- a) *Do acórdão da Relação, proferido sobre decisão de 1.ª instância, que conheça do mérito da causa ou que, no todo ou em parte, extinga a instância;*
- b) *Do acórdão da Relação que não conheça, no todo ou em parte, de recurso de apelação que tenha sido admitido.*

2 - Sem prejuízo dos fundamentos gerais e mesmo que esteja genericamente excluída por disposição legal, a revista é admissível se o acórdão da Relação estiver em contradição com outro, dessa ou de diferente Relação ou do Supremo Tribunal de Justiça, proferido no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, salvo se o acórdão tiver seguido jurisprudência uniformizada.

3 - Os acórdãos da Relação que apreciem decisões interlocutórias que recaiam unicamente sobre a relação processual só podem ser objeto de revista:

- a) *Se o recurso for sempre admissível;*
- b) *Se estiver preenchido o fundamento específico previsto no número anterior.*

4 - ...”.

“Artigo 672.º

[...]

1 - Sem prejuízo dos casos em que o recurso é sempre admissível, não é admitida revista do acórdão da Relação que confirme ou altere favoravelmente ao recorrente, sem voto de vencido e sem fun-

damentação essencialmente diferente, a decisão proferida na 1.ª instância, salvo nos casos previstos no número seguinte.

2 – Comportando a causa uma pluralidade de objetos processuais autónomos e cindíveis, o disposto no número anterior deve ser aferido relativamente ao decidido pelas instâncias acerca de cada um deles.

3 – Apesar de se verificar a dupla conforme nos termos do n.º 1, a revista é admissível quando:

- a) Ocorrer o fundamento específico previsto no n.º 2 do artigo 671.º;*
- b) Estiver em causa uma questão cuja apreciação, pela sua relevância jurídica, seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito;*
- c) Estiverem em causa interesses de particular relevância social.*

4 – [Anterior proémio do n.º 2]:

- a) [Anterior alínea c) do n.º 2];*
- b) [Anterior alínea a) do n.º 2];*
- c) [Anterior alínea b) do n.º 2].*

5 – [Revogado]”.

“Artigo 672.º-A

Apreciação da admissibilidade da revista

1 – A aferição dos fundamentos específicos previstos no n.º 2 do artigo 671.º e no n.º 2 do artigo anterior compete exclusivamente ao Supremo Tribunal de Justiça.

2 – Nas situações referidas no número anterior compete ao relator:

- a) Verificar os pressupostos gerais da recorribilidade do acórdão impugnado;*
- b) Aferir a contradição entre o acórdão recorrido e o acórdão-fundamento;*
- c) Verificar, se for o caso, a existência de dupla conforme e, se enten-*

der que esta ocorre, aferir o preenchimento do estabelecido nos n.ºs 2 e 3 do artigo anterior.

3 - A decisão que se pronuncie sobre o não conhecimento do objeto do recurso com fundamento na não verificação do estabelecido nas alíneas b) e c) do número anterior não carece de ser precedida da audição das partes estabelecida no artigo 655.º.

4 - Da decisão proferida pelo relator, admitindo ou rejeitando a revista, cabe reclamação para a conferência nos termos gerais.

5 - Quando a reclamação incidir sobre a verificação dos fundamentos previstos no n.º 2 do artigo 671.º e no n.º 2 do artigo anterior, o julgamento da reclamação é da competência de uma formação, constituída por três juizes, escolhidos anualmente pelo presidente de entre os mais antigos das secções cíveis; neste caso, cabe também à formação apreciar os restantes aspetos sobre a admissibilidade da revista que tenham sido suscitados na reclamação.

6 - A decisão da formação que dirime a reclamação, sumariamente fundamentada, é definitiva.”

A verdade é que, decorridos 15 anos desde a entrada em vigor do novo regime dos recursos aprovado em 2007 e que foi substancialmente integrado no CPC de 2013, é difícil de compreender que ainda persistam divergências jurisprudenciais no seio do próprio Supremo Tribunal de Justiça, nomeadamente em torno da admissibilidade do recurso de revista.

Mas, por outro lado, constituindo o Supremo Tribunal de Justiça o órgão a que compete apreciar, em última instância, questões de direito, não deve ignorar-se também a possibilidade que, em certos casos, deve traduzir-se na necessidade de resolver, por via de jurisprudência constante ou, de forma mais solene, através de uniformização, as divergências mais salientes, contribuindo deste modo para a prevalência de valores associados ao processo equitativo cuja exigibilidade emana tanto da CRP como da CEDH.

“Na minha conta ou na tua?”

Revisitação do regime aplicável às operações de pagamento fraudulentas à luz da nova Proposta de um Regulamento relativo aos serviços de pagamento no mercado interno, de 28 de Junho de 2023

MARIA RAQUEL GUIMARÃES¹

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; investigadora do CIJ — Centro de Investigação Jurídica (U.Porto) e do Grupo de Investigación Reconocido sobre Derecho de las Nuevas Tecnologías y Delincuencia Informática (U.Valladolid).

RESUMO: A Comissão Europeia publicou em 28 de Junho de 2023 duas propostas para a revisão da DSP 2, concretamente uma Proposta de diretiva relativa aos serviços de pagamento e aos serviços de moeda eletrónica (PDSP 3) e uma Proposta de regulamento relativo aos serviços de pagamento no mercado interno (PRSP). O surgimento deste último documento serve aqui de pretexto para revisarmos

¹ O presente estudo foi realizado no âmbito das actividades desenvolvidas enquanto Bolseira da *Fundación Carolina* (Movilidad de profesorado universidades del Grupo Tor-desillas, convocatória C.2023), na Universidade de Barcelona, Càtedra Jean Monnet de Dret Privat Europeu.

o regime previsto no Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de Novembro, que transpôs para o direito interno a DSP 2, e para reflectirmos sobre as novidades propostas, tendo em conta o surgimento de novos esquemas fraudulentos, levados a cabo, entre outras hipóteses, através de técnicas de “engenharia social”, sem perdermos de vista a jurisprudência que vem se pronunciando sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: DSP 2; RSP 2; pagamentos electrónicos; COM(2023) 367 final; instrumentos de pagamento; pagamentos fraudulentos; engenharia social.

ABSTRACT: On June 28, 2023, the European Commission published two proposals for the revision of PSD 2, namely a *Proposal for a Directive on Payment Services and Electronic Money Services (PPSD 3)* and a *Proposal for a Regulation on Payment Services in the Internal Market (PPSR)*. The emergence of the latter document serves as an excuse to return to the rules set out in Decree-Law 91/2018, November 12, which transposed PSD 2 into Portuguese law, and to reflect on the new proposals, taking into account the increase of new fraudulent schemes, carried out, among other scenarios, through “social engineering” techniques, without forgetting the case law that has been issued on the subject.

KEY WORDS: PSD 2; electronic payments; COM(2023) 367 final; payment instruments; payment fraud; social engineering.

1. OS SERVIÇOS DE PAGAMENTO NO ADMIRÁVEL MUNDO NOVO DIGITAL

O mercado de serviços e de instrumentos de pagamento encontra-se em franco desenvolvimento, sendo um campo especial de aplicação de novas tecnologias. A revolução digital da última década, o crescimento tentacular de plataformas *online* e a vulgarização da utilização de dispositivos electrónicos, eventualmente impulsionados durante o período pandémico, vieram dinamizar este mercado dos pagamentos, gerando novos desafios e preocupações para o legislador². A diluição

² Em 2020, o Banco de Portugal referia-se ao impacto da tecnologia nos serviços de pagamento como um “processo de disrupção tecnológica sem precedentes”. Vide Banco de Portugal, *Relatório dos Sistemas de Pagamentos — 2019*, Lisboa, 2020, in <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/rsp2019_0.pdf> (10.10.2023), p. 44 ss. De acordo com o relatório da EBA — European Banking Authority, *EBA Consumer Trends Report 2022/23*, EBA/REP/2023/12, Paris, 24 April 2023, § 52, p. 23, disponível em <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/>

crescente das fronteiras que separam o mundo *online* e *offline* e a necessidade de viver *onlife*, num mundo “hiperconectado”, favoreceram a generalização de novos serviços de pagamento, mais desmaterializados, e a reinvenção dos instrumentos de pagamento tradicionais, que ganham uma nova vida e se adaptam a novas utilizações³.

Ainda assim, os pagamentos *cashless* realizados mediante cartão em operações presenciais e *online*, nas suas diferentes vertentes virtuais e materiais, continuam a colher a preferência dos utilizadores na União Europeia (UE), atingindo os cartões de pagamento em Portugal, na Dinamarca e na Roménia as maiores taxas de utilização⁴, ao mesmo tem-

Publications/Reports/2023/1054879/Consumer%20Trends%20Report%202022-2023.pdf> (10.10.2023), “o aumento da utilização de pagamentos electrónicos pode ser atribuído às medidas sanitárias relacionadas com a COVID-19, implementadas para conter a pandemia e evitar pontos de contacto, mas também ao aparecimento de soluções de pagamento móvel, algumas das quais sob a forma de aplicações *peer-to-peer* e à disponibilização de contas em linha” (tradução nossa). Sobre os desafios e preocupações que esta evolução acarreta, ver o que dissemos em “Pagamentos electrónicos não autorizados e fraudulentos”, in *Cibercriminalidade: novos desafios, ofensas e soluções*, INÊS SOUSA GUEDES e MARCUS ALAN DE MELO GOMES (Eds.), Lisboa, Pactor – Edições de Ciências Sociais, Forenses e da Educação, 2021, pp. 227-229.

³ O neologismo “*onlife*”, relativo a uma realidade “hiperconectada”, na qual já não faz sentido perguntar se se está em linha ou fora de linha, foi utilizado pela *Onlife Initiative*, desenvolvida pela Comissão Europeia (2011-2013) e foi cunhado na obra *The Onlife Manifesto, Being human in a hyperconnected era*, LUCIANO FLORID (Editor), Heidelberg/New York/Dordrecht/London, Springer, 2014, pp. 1, 7-8, disponível em <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-04093-6_2> (3.10.2023).

⁴ Ver, EUROPEAN COMMISSION, *Commission staff working document, Impact assessment report, accompanying the documents Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Regulation (EU) No 1093/2010 and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on payment services and electronic money services in the Internal Market amending Directive 98/26/EC and repealing Directives 2015/2366/EU and 2009/110/EC*, SWD(2023) 231 final, Brussels, 28.6.2023, pp. 2-3; EBA/REP/2023/12, n.º 53, p. 23; EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR FINANCIAL STABILITY, FINANCIAL SERVICES AND CAPITAL MARKETS UNION, I. BOSCH CHEN; D. FINA; P. HAUSEMER, ET AL., *A study on the application and impact of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services (PSD2)*, FISMA/2021/OP/0002, Publications Office of the European Union, 2023, pp. 10, 26-27, 29, disponível em <<https://data.europa.eu/doi/10.2874/996945>> (11.10.2023); e EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE (EPRS), ECKHARD BINDER, LEO-NIE REICHENEDER, *Revision of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services, Briefing*, Implementation Appraisal, Ex-Post Evaluation Unit, PE 747.447 – July 2023, p. 6, disponível em <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747447/EPRS_BRI\(2023\)747447_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747447/EPRS_BRI(2023)747447_EN.pdf)> (11.10.2023).

po em que os valores mais baixos foram atingidos na Alemanha e na Bulgária⁵.

No ano de 2022, em Portugal, foram realizados em média 9 milhões de pagamentos com cartão por dia, correspondendo a 88% dos pagamentos sem recurso a numerário⁶. Quase metade desses pagamentos (48%) foram realizados com a funcionalidade *contactless*, tendo-se verificado um aumento de 58,6% no número de operações *contactless*, relativamente ao ano de 2021⁷. A utilização de cartões em compras *online* também aumentou 28,4% em comparação com o ano anterior, sendo a maioria dos beneficiários comerciantes estrangeiros⁸.

Os principais problemas gerados pelos serviços de pagamento, reportados pelos utilizadores, relacionam-se com a ocorrência de operações fraudulentas⁹. Ainda assim, as operações fraudulentas decaíram de forma significativa nos últimos anos, com o aumento da segurança dos instrumentos de pagamento utilizados e, em concreto, com a introdução da exigência da autenticação forte dos utilizadores¹⁰. Em Portu-

⁵ SWD(2023) 231 final, pp. 2-3. Para uma caracterização do caso alemão, veja-se MAXIMILIAN YANG, “Card Payments and Consumer Protection in Germany”, in *Anglo-German Law Journal*, 2, 2016, pp. 7-12.

⁶ BANCO DE PORTUGAL, *Relatório dos Sistemas de Pagamentos — 2022*, Lisboa, BdP, 2023, pp. 13, 18, 36-37, disponível em <<https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/rsp2022.pdf>> (10.10.2023).

⁷ *Idem*, pp. 13, 19, 37-38.

⁸ Em concreto, 66,3% dos beneficiários foram comerciantes estrangeiros. Estes pagamentos com cartão realizados *online* correspondem a 14% do total dos pagamentos mediante cartão. *Idem*, pp. 13-14, 38.

⁹ Assim, EBA/REP/2023/12, pp. 6-7, e n.º 59, p. 25. Para mais dados sobre as preocupações com a segurança manifestada pelos utilizadores de serviços de pagamento ao longo dos anos, ver MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “Pagamentos electrónicos não autorizados e fraudulentos”, cit., p. 232, e “A responsabilidade por operações fraudulentas no comércio electrónico”, in *Direito e Informação que responsabilidade(s)?*, Ricardo Perlinheiro/Fernanda Ribeiro/Luís Neto (orgs.), Rio de Janeiro, Editora da UFF, 2013, pp. 261-263, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2358667> (29.10.2023).

¹⁰ Neste sentido, reportando-se aos anos de 2020 e 2021, ver EBA/REP/2023/12, n.º 59, p. 25, e SWD(2023) 231 final, cit., p. 18. Também o Banco de Portugal assinalou no seu último relatório relativo aos sistemas de pagamento, reportado ao ano de 2022, que os números da fraude na utilização de instrumentos de pagamento electrónicos se mantiveram “muito reduzidos”: BANCO DE PORTUGAL, *Relatório dos Sistemas de Pagamentos — 2022*, cit., p. 14. Sobre a autenticação forte dos utilizadores, ver o que dizemos *infra*, n.º 7.

gal, no primeiro semestre de 2022, a principal fatia da fraude coube às operações com cartões, correspondente a 242 operações fraudulentas por cada milhão de operações com cartão, ainda que as fraudes envolvendo um valor médio mais alto tenham ocorrido nas transferências a crédito¹¹.

As operações fraudulentas resultaram essencialmente de esquemas de “engenharia social”, nomeadamente de casos de *phishing*, em que os utilizadores são levados a revelar as suas credenciais de acesso aos serviços ou mesmo de autenticação forte, permitindo aos infractores a realização de operações de pagamento não autorizadas ou mesmo autorizadas pelo utilizador¹². Neste último caso estão em causa pagamentos fraudulentos designados pela sigla APP (*Authorised Push Payments*), em que os utilizadores colaboram activamente com o terceiro, que, através de uma mentira “convincente” – venda de um bem, realização de um investimento, adiantamento de um prémio, relação amo-

¹¹ BANCO DE PORTUGAL, *Relatório dos Sistemas de Pagamentos — 2022*, cit., p. 14. Ainda de acordo com o Banco de Portugal, às transferências a crédito correspondeu um valor médio por transacção fraudulenta de 4059 euros, para apenas cinco operações fraudulentas em cada milhão de operações. Nos débitos directos, o valor médio da fraude foi de 499 euros, verificando-se apenas uma operação fraudulenta por cada milhão de operações (*ibidem*). Referimo-nos aqui a “transferências a crédito” no sentido do artigo 4.º, n.º 24, da DSP 2 (e do artigo 2.º, alínea *ddd*), do RSP 2) [ver, *infra*, notas 14 e 15], enquanto “um serviço de pagamento que consiste em creditar na conta de pagamento de um beneficiário uma operação de pagamento ou uma série de operações de pagamento a partir da conta de pagamento de um ordenante, sendo o crédito efetuado pelo prestador de serviços de pagamento que detém a conta de pagamento do ordenante com base em instruções deste”, por contraposição aos “débitos directos”, em que a transferência de fundos é desencadeada directamente pelo beneficiário (ver *infra*, nota 129). Não se trata, portanto, de uma operação a crédito ou envolvendo a concessão de crédito mas sim de uma transferência de fundos creditada na conta do beneficiário na sequência de uma ordem de pagamento dada pelo ordenante, e debitada na sua conta. Para mais desenvolvimentos sobre estas operações de pagamento, ver FRANCISCO MENDES CORREIA, *Moeda bancária e cumprimento, O cumprimento das obrigações pecuniárias através de serviços de pagamento*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 715-717, 734 ss.

¹² BANCO DE PORTUGAL, *Relatório dos Sistemas de Pagamentos — 2022*, cit., p. 14. A “engenharia social” é definida pelo EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *2022 Payment Threats and Fraud Trends Report*, EPC183-22/Version 1.0 / 23 November 2022, p. 14 [disponível em <EPC183-22 v1.0 2022 Payments Threats and Fraud Trends Report.pdf> (27.10.2023)], como um tipo de fraude que “explora o erro humano para obter informações privadas, acesso, ou objectos de valor”, podendo “empregar uma variedade de técnicas para manipular os clientes, empregados ou terceiros insuspeitos para que exponham dados, espalhem infecções por *malware* ou proporcionem o acesso a sistemas restritos” (tradução nossa).

rosa, pagamento de factura, roubo de identidade —, consegue de alguma forma enganar a vítima e levá-la à realização de um pagamento¹³.

2. DA DSP 2 ÀS PROPOSTAS DE UMA DSP 3 E DE UM REGULAMENTO RELATIVO AOS SERVIÇOS DE PAGAMENTO E DE VOLTA À DSP 2

Toda esta actividade de prestação de serviços de pagamento, bem como as relações que se estabelecem entre os prestadores e os utilizadores dos serviços de pagamento, foram pela última vez reguladas no espaço europeu pela Directiva 2015/2366 relativa aos serviços de pagamento no mercado interno (DSP 2), de 25 de Novembro de 2015, que agora se pretende rever¹⁴.

A DSP 2 foi transposta para o ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de Novembro, que introduziu o *Novo Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e de Moeda Eletrónica* (RSP 2), nove meses depois do prazo estabelecido pela União Europeia para a sua incorporação nos direitos nacionais e já após a revogação da Directiva 2007/64/CE (DSP 1), em 13 de Janeiro de 2018¹⁵. Este novo regime dos serviços de pagamento entrou em vigor em Portugal a 13 de Novembro de 2018.

Cinco anos volvidos desde então e 14 anos passados sobre a entrada em vigor do primeiro *Regime jurídico que regula o acesso à actividade das instituições de pagamento e a prestação de serviços de pagamento* (RSP 1), incluído, em anexo, no Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro, — posteriormente *Regime jurídico dos serviços de pagamento e da moe-*

¹³ EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *2022 Payment Threats and Fraud Trends Report*, cit., p. 41.

¹⁴ Directiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Novembro de 2015 relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, que altera as Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, e que revoga a Directiva 2007/64/CE, in *JO* L 337/35, 23.12.2015 (DSP 2).

¹⁵ A DSP 2 revogou a Directiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Novembro de 2007, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, que altera as Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE e revoga a Directiva 97/5/CE, in *JO* L 319/1, 5.12.2007 (DSP 1). Cfr. o artigo 114.º da DSP 2. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 91/2018, de 12 de Novembro, revogou o primeiro *Regime jurídico dos serviços de pagamento e da moeda electrónica* (RSP 1), incluído no Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de Outubro — mais propriamente no seu Anexo I —, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de Novembro.

da electrónica¹⁶ —, no qual o actual regime se baseou, as regras aplicáveis aos serviços de pagamento em Portugal parecem constituir ainda uma novidade e não terem sido plenamente assimiladas pelos seus distintos destinatários¹⁷. Desde logo, parecem não ter sido compreendidas pelos prestadores de serviços de pagamento, que continuam a não cumprir deveres-chave exigíveis desde 2009, como o de reembolsar imediatamente o utilizador do montante da operação de pagamento não autorizada após ter tido conhecimento da operação ou após esta lhe ter sido comunicada¹⁸, e que continuam a propor aos utilizadores de instrumentos de pagamento a contratação de seguros para a cobertura de riscos de operações não autorizadas que recaem sobre a sua esfera e não sobre a dos clientes segurados, apostando na falta de esclarecimento ou mesmo na desinformação dos utilizadores, que, por desconhecimento ou falta de meios, muitas vezes se conformam com suportar prejuízos que a lei não lhes imputa. Por outro lado, os tribu-

¹⁶ A renomeação teve na sua base as alterações introduzidas no diploma pelo Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de Novembro, que transpôs para o direito nacional a Directiva n.º 2009/110/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro, relativa ao acesso à atividade das instituições de moeda eletrónica, ao seu exercício e à sua supervisão prudencial, que altera as Directivas n.ºs 2005/60/CE e 2006/48/CE e revoga a Directiva n.º 2000/46/CE, *in JO* L 267, 10.10.2009, pp. 7-17. Para mais desenvolvimentos sobre o regime jurídico da moeda eletrónica, ver JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “E-money”, *in RED — Revista Electrónica de Direito*, vol. 25, n.º 2, 2021, p. 5 ss., disponível em <https://cij.up.pt/client/files/0000000001/2-jose-engracia-antunes_1736.pdf> (3.10.2023).

¹⁷ Note-se que o RSP 2 seguiu na sua estrutura e na distribuição de riscos pelas partes no contrato de prestação de serviços de pagamento o disposto no regime anterior, ainda que reforçando a protecção conferida ao utilizador e reforçando as exigências de segurança das operações. Sobre as principais novidades introduzidas pelo RSP 2 face ao RSP 1, ver o que dizemos em “Pagamentos electrónicos não autorizados e fraudulentos”, cit., p. 230 ss.

¹⁸ Cfr. o artigo 114.º do RSP 2 e o artigo 71.º do RSP 1. Esta obrigação de reembolso imediato não foi cumprida em nenhum dos casos julgados pelos nossos tribunais superiores a que tivemos acesso. Cfr., entre outros, e para referir apenas casos mais recentes, os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13.07.2023 (Gabriela de Fátima Marques), e de 24.01.2023 (Micaela Sousa); do Tribunal da Relação de Coimbra de 10.12.2020 (Emídio Santos); e do Tribunal da Relação de Évora, de 14.09.2023 (Maria João Sousa e Faro), e de 24.09.2020 (Manuel Bargado). O problema não é exclusivamente nacional, como se pode ver em MARIA RAQUEL GUIMARÃES, REINHARD STEENNOT, “Allocation of liability in case of payment fraud: who bears the risk of innovation? A comparison of Belgian and Portuguese law in the context of PSD2”, *in European Review of Private Law*, Volume 30, Issue 1, 2022, p. 19. A título de exemplo, veja-se o caso que suscitou o acórdão do TJUE, Processo C-351/21, *Beobank SA*, 16 de Março de 2023, ECLI:EU:C:2023:215, §§ 17-21.

nais demoraram a tirar todo o partido das potencialidades da lei, ainda que tenham vindo a assimilar, progressivamente, as suas regras¹⁹.

Entretanto, como começámos por assinalar, o rápido desenvolvimento tecnológico deu lugar ao surgimento de novos instrumentos de pagamento e de novas funcionalidades destes instrumentos, ao mesmo tempo em que o aumento da segurança técnica das operações de pagamento gerou novas tipologias de fraude centradas no “elo mais fraco” das operações — o utilizador dos serviços de pagamento²⁰. O desenvolvimento das actividades dos novos operadores dos serviços de pagamento incluídos em 2015 na DSP 2, e de novos prestadores de “serviços técnicos”, como plataformas digitais, excluídos do seu âmbito de aplicação²¹, veio também colocar novos desafios e abrir novas potencialidades de prestação de serviços, eventualmente ainda não totalmente aproveitadas pelo actual regime. Todo este novo quadro justificou a recente intervenção do legislador europeu.

A DSP 2 previa já no seu artigo 108.º (“Cláusula de reexame”), a necessidade de a Comissão Europeia realizar um balanço da sua aplicação até 31 de Janeiro de 2021, acompanhado, eventualmente, de propostas de alterações das suas regras. Essa reponderação das regras da directiva foi anunciada em Setembro de 2020 para o final de 2021, no âmbito da

¹⁹ Veja-se, nomeadamente, o disposto no n.º 10 do artigo 114.º do RSP 2, quanto aos juros moratórios devidos em caso de incumprimento da obrigação de reembolso. Idêntico regime encontrava-se já previsto no artigo 71.º, n.º 2, do RSP 1. Tanto quanto pudemos apurar, poucos tribunais terão condenado o prestador de serviços de pagamento no pagamento destes juros moratórios ao utilizador antes de 2020, nomeadamente antes do acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 24.09.2020 (Manuel Bargado), havendo ainda hoje dúvidas quanto à aplicação deste normativo (ver, *infra*, nota 47).

²⁰ Assim, BANCO DE PORTUGAL, *Relatório dos Sistemas de Pagamentos — 2022*, cit., pp. 14, 20, e EUROPEAN COMMISSION, *A study on the application and impact of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services (PSD2)*, cit., p. 11.

²¹ Quanto aos novos prestadores de serviços de pagamento incluídos na DSP 2 — os prestadores de serviços de iniciação de pagamento e os prestadores de serviços de informação sobre contas — cfr. o artigo 4.º, n.ºs 15, 16, 18, e 19, da DSP 2, bem como PATRÍCIA ALEXANDRA PAIVA DUARTE, “*Os serviços de iniciação de pagamento no novo RSP*”, in *RED — Revista Electrónica de Direito*, vol. 25, n.º 2, Junho, 2021, pp. 37-83, disponível em <https://cij.up.pt/client/files/0000000001/3-patricia-duarte_1737.pdf> (3.10.2023). Os prestadores de “serviços técnicos” excluídos do seu âmbito de aplicação são aqueles que “apoiam a prestação de serviços de pagamento sem nunca entrarem na posse dos fundos a transferir”: artigo 3.º, alínea j), da DSP 2.

estratégia para os pagamentos de pequeno montante na UE²², e os seus resultados foram publicitados pela Comissão já em 2023²³.

Na sequência desta reflexão, a Comissão Europeia publicou duas propostas para a revisão da DSP 2 em 28 de Junho de 2023, concretamente uma *Proposta de diretiva relativa aos serviços de pagamento e aos serviços de moeda eletrónica* (PDSP 3) e uma *Proposta de regulamento relativo aos serviços de pagamento no mercado interno* (PRSP)²⁴. Como foi anunciado, a Comissão pretende, com esta reforma, harmonizar a aplicação das regras relativas aos serviços de pagamento nos Estados-Membros, alinhar a legislação com a evolução tecnológica e do mercado, reforçar a protecção dos clientes e melhorar a igualdade de condições entre os prestadores de serviços de pagamento bancários e não bancários²⁵.

Para o efeito, o legislador europeu entendeu, por um lado, dever “desdobrar” o diploma de 2015 em duas novas propostas, separando as matérias institucionais de acesso das instituições de pagamento à actividade de prestação de serviços de pagamento e de serviços

²² A revisão da DSP 2 surge como a *acção-chave* do “Segundo pilar: Mercados de pagamentos de pequeno montante inovadores e competitivos” da estratégia para os pagamentos de pequeno montante na UE, anunciada na *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre uma Estratégia para os pagamentos de pequeno montante na UE*, COM(2020) 592 final, Bruxelas, 24.9.2020, pp. 17-18. Este “segundo pilar” abrange os objectivos de “1. Tirar pleno partido da Diretiva Serviços de Pagamento (PSD2)”; “2. Garantir um elevado nível de segurança para os pagamentos de pequeno montante na Europa”; “3. Reforçar a protecção dos consumidores”; e “4. Uma supervisão e fiscalização do ecossistema de pagamentos viáveis a longo prazo” (*idem*, pp. 17-24). Ver, também, as referências à revisão da DSP 2 na *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre uma Estratégia em matéria de Financiamento Digital para a EU*, COM(2020) 591 final, Bruxelas, 24.9.2020, pp. 5, 16, 18.

²³ EUROPEAN COMMISSION, *A study on the application and impact of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services (PSD2)*, cit.

²⁴ Cfr., respectivamente, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços de pagamento e aos serviços de moeda eletrónica no mercado interno que altera a Diretiva 98/26/CE e revoga as Diretivas (UE) 2015/2366 e 2009/110/CE, Bruxelas, COM(2023) 366 final, 28.6.2023, e a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos serviços de pagamento no mercado interno e que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, COM(2023) 367 final, Bruxelas, 28.6.2023.

²⁵ Assim, EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE (EPRS), *Revision of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services*, cit., p. 1.

de moeda electrónica e as regras relativas aos poderes de supervisão e aos instrumentos para a supervisão das instituições de pagamento — confiadas à PDSP 3 —, e as regras relativas à prestação de serviços de pagamento, incluídas na proposta de regulamento²⁶. Nesta última estão previstos os requisitos de “transparência das condições e requisitos de informação aplicáveis aos serviços de pagamento e aos serviços de moeda electrónica”, bem como os “direitos e obrigações dos utilizadores e dos prestadores de serviços de pagamento e de moeda electrónica relativamente à prestação de serviços de pagamento e de serviços de moeda electrónica”²⁷.

Esta opção do legislador parece-nos de saudar, tornando os regimes aplicáveis aos contratos de prestação de serviços de pagamento — ou seja, as regras de direito privado que regulam a prestação de serviços de pagamento — mais imediatas e, portanto, mais acessíveis, conferindo ao diploma uma natureza mais pedagógica²⁸. Já a ponderação da adopção de um instrumento com a forma de regulamento visa obviar às dificuldades sentidas na transposição uniforme dos regimes consagrados na DSP 2 nos vários países da UE, que levam à fragmentação do mercado europeu de pagamentos e deixam as operações transfronteiri-

²⁶ Cfr., respectivamente, o artigo 1.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, da PDSP 3, e o artigo 1.º, n.º 1 da PRSP.

²⁷ Cfr. o artigo 1.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*, da PRSP.

²⁸ Já por mais de uma vez tivemos a oportunidade de criticar a estrutura da DSP 2 e da DSP 1 e a opção do legislador de apresentar as regras que regulam a relação de prestação de serviços de pagamento depois das regras institucionais de acesso à actividade de prestação de serviços de pagamento, tornando o diploma mais “opaco” e as suas regras mais dificilmente perceptíveis pelos utilizadores dos serviços de pagamento e os aplicadores da lei. A divisão dos dois grandes conjuntos de normas referidos no texto por dois diplomas distintos tem precedentes na UE, tendo sido adoptada nomeadamente na Bélgica. Sobre o tema, ver REINHARD STEENNOT, “Liability for unauthorized payment transactions: the transposition of PSD2 in Belgium”, in *L’attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e “open banking” / The Transposition of PSD2 and Open Banking*, a cura di/(Edd.) E. Bani, V. De Stasio, A. Sciarrone Alibrandi, Bergamo, Sestante Edizioni, 2021, pp. 169-170; e MARIA RAQUEL GUIMARÃES, REINHARD STEENNOT, “Allocation of liability in case of payment fraud...”, cit., p. 5. Também na Alemanha foi feita esta divisão entre as normas relativas à supervisão, de direito público, transpostas na Zahlungsdienstleistungsgesetz, e as normas de direito civil, transpostas no Código Civil Alemão (BGB), nos §§ 675c ss. Para mais desenvolvimentos, ver DIMITRIOS LINARDATOS, “The transposition of the PSD 2: the role of EBA and of the national legislator in Germany”, in *L’attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e “open banking” / The Transposition of PSD2 and Open Banking*, a cura di/(Edd.) E. Bani, V. De Stasio, A. Sciarrone Alibrandi, Bergamo, Sestante Edizioni, 2021, pp. 125-127.

riças concentradas nas mãos das grandes emissoras de cartões internacionais²⁹.

Por outro lado, foi opção do legislador europeu “consolidar” os regimes dos serviços de pagamento e de moeda electrónica — tendo por base uma recomendação da EBA³⁰ —, propondo a fusão das matérias até agora reguladas pela DSP 2 e pela Directiva da moeda electrónica, e validando aquela que foi também a estratégia do legislador português já em 2012, por ocasião da transposição desta última directiva e da sua incorporação no RSP 1, posição que manteve em 2018 com o RSP 2. À época, o legislador nacional justificava a sua opção com três argumentos principais: em primeiro lugar, sublinhou a relação de complementaridade entre a moeda electrónica e as operações de pagamento, considerando que a moeda electrónica tem também uma função de pagamento. Em segundo lugar, salientou que a tipologia dos emissores de moeda electrónica é praticamente idêntica à dos prestadores de serviços de pagamento. Além disso, acrescentou, as instituições de moeda electrónica estão autorizadas a prestar qualquer dos serviços de pagamento incluídos nas directivas de serviços de pagamento, o que coloca a sua atividade no âmbito de aplicação das duas directivas. Por último, observou o legislador português que, independentemente de certas especificidades, o regime de autorização e supervisão das instituições de moeda electrónica baseia-se em grande medida no regime aplicável às instituições de pagamento³¹.

Na mesma linha andou o legislador europeu, argumentando que “o quadro jurídico aplicável às instituições de moeda eletrónica e às instituições de pagamento, em especial no que diz respeito às regras de

²⁹ Ver a referência que é feita aos 16 processos desencadeados pela Comissão por incumprimento da transposição da DSP 2, bem como aos casos particulares da Suécia e da Letónia, no documento EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE (EPRS), ECKHARD BINDER, LEONIE REICHENEDER, *Revision of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services*, cit., pp. 3, 5.

³⁰ Cfr. EBA — EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2)*, EBA/Op/2022/06, 23 June 2022, pp. 4-5, disponível em <EBA’s response to the Call for advice on the review of PSD2.pdf> (11.10.2023).

³¹ Cfr. o texto preambular que introduz o Decreto-Lei n.º 242/2012, de 7 de Novembro. Ver, também, o que dizemos sobre o tema em “The transposition of PSD2: Decree-Law 91/2018 of 12 November, the Portuguese experience and what may (or may not) change”, in *L’attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e “open banking” / The Transposition of PSD2 and Open Banking*, a cura di/(Edd.) E. Bani, V. De Stasio, A. Sciarone Alibrandi, Bergamo, Sestante Edizioni, 2021, pp. 141-141.

conduta da atividade, já está substancialmente harmonizado”, pelo que, com vista a “abordar os problemas de coerência externa e dado que os serviços de moeda eletrónica e os serviços de pagamento são cada vez mais difíceis de distinguir, é necessário aproximar os quadros legislativos relativos às instituições de moeda eletrónica e às instituições de pagamento”³².

Esta alteração estrutural agora proposta não importará, pois, uma grande convulsão no direito nacional, onde os serviços de pagamento e os serviços de moeda electrónica já são tratados em paralelo.

Tendo, então, em conta a proposta de uma nova arrumação das matérias dos serviços de pagamento, importa-nos assinalar as principais alterações incorporadas na *proposta de regulamento (PRSP)* no que respeita, em particular, às operações de pagamento fraudulentas, ao mesmo tempo que procuraremos avaliar criticamente algumas das soluções da DSP 2 e as suas correspondentes nacionais e tomar em consideração as mais recentes posições da jurisprudência sobre a matéria.

3. OPERAÇÕES FRAUDULENTAS NÃO AUTORIZADAS: O QUE NÃO MUDA NA PRSP

A PRSP mantém o “jogo” básico de repartição dos prejuízos causados por operações fraudulentas não autorizadas — pelo utilizador dos serviços de pagamento e pelo prestador de serviços de pagamento —, decalcada dos diplomas anteriores, consciente de que, na maior parte dos casos, não é possível recuperar os fundos indevidamente debitados na conta do utilizador. Assim, no regime vigente, perante a verificação de uma operação desconhecida ou não autorizada realizada com um seu instrumento de pagamento, o utilizador dos serviços de pagamento deverá comunicar “sem demora indevida” — ou “sem atrasos injustificados”, na expressão da lei nacional — as operações não autorizadas, logo que delas tenha conhecimento³³. No mesmo sentido vai o artigo

³² Cfr. os considerandos 5 da PRSP e da PDSP 3. Esta solução foi apoiada pelos vários *stakeholders*, no sentido de diminuir a complexidade e de introduzir clareza no regime jurídico dos pagamentos: EUROPEAN COMMISSION, *A study on the application and impact of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services (PSD2)*, cit., pp. 15, 109, 113 ss., 164, 176, 181, e *Idem, Annexes*, pp. 11, 15, 22, disponível em <<https://data.europa.eu/doi/10.2874/547869>> (11.10.2023).

³³ Cfr. o artigo 110.º, n.º 1, alínea *b)*, do RSP 2, e o artigo 69.º, n.º 1, alínea *b)*, da DSP 2. Mantém-se também a regra de que as operações não autorizadas (ou incorrectamente executadas) devem ser comunicadas dentro de um prazo nunca superior a 13 meses

52.º, alínea *b*), da PRSP. Em qualquer dos diplomas referidos, prevê-se o mesmo dever de comunicação imediata imposto ao utilizador em caso de perda, furto ou apropriação abusiva do instrumento de pagamento, necessariamente anterior à realização de pagamentos não autorizados, ainda que não necessariamente anterior à detecção de operações não autorizadas³⁴.

Esta comunicação é determinante na medida em que, a partir do momento em que é efectuada, o utilizador do serviço de pagamento não suporta quaisquer prejuízos por operações que lhe venham a ser imputadas, a menos que tenha actuado fraudulentamente³⁵. O que se justifica pelo facto de o prestador de serviços de pagamento estar obrigado,

a contar da data do débito (ver artigo 54.º, n.º 1, da PRSP, artigo 112, n.º 1, do RSP 2, artigo 71.º, n.º 1, da DSP 2). O artigo 54.º, n.º 1, da PRSP acrescenta no entanto, face à Directiva, que esta comunicação é realizada “em conformidade com os artigos 57.º e 59.º, sem demora indevida, logo que tiver tomado conhecimento de que uma operação desse tipo deu origem a uma reclamação”, levantando-se a questão de saber se apenas se aplica nestas duas situações — “aplicação incorrecta do serviço de verificação de correspondência” e “fraude de usurpação de identidade” — e se o legislador quis, com esta intervenção, delimitar o âmbito de aplicação das regras relativas à comunicação, que na DSP 2 estão contidas nos artigos 69.º, n.º 1, alínea *b*), e 71.º, n.º 1. A regra dos 13 meses foi aplicada nos casos apreciados pelo TJUE no Processo C-295/18, *Mediterranean Shipping Company (Portugal)*, 11 de Abril de 2019, ECLI:EU:C:2019:320, §§ 11, 20, 21, 23, ainda que à luz da DSP 1, estando em causa débitos directos não autorizados, e no Processo C-337/2048-51, *CRCAM*, 2 de Setembro de 2021, ECLI:EU:C:2021:671, §§ 46-51. Na jurisprudência nacional, veja-se o caso apreciado pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 30.05.2023 (Alexandra Castro Rocha), que considerou tempestiva a comunicação de operações não autorizadas no momento em que o utilizador delas se apercebeu, realizadas até 11 meses antes, mediante cartão de débito, apesar de evidenciadas nos extractos que lhe foram sendo enviados.

³⁴ Artigo 110.º, n.º 1, alínea *b*), do RSP 2, e artigo 69.º, n.º 1, alínea *b*), da DSP 2. É possível que o titular se aperceba do extravio do instrumento de pagamento, nomeadamente de um cartão de pagamento, quando constata a execução de operações não autorizadas, sem que isso signifique, necessariamente, negligência grosseira do titular. Cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31.01.2019 (Helder Almeida), que, à luz do RSP 1, considerou intempestiva a comunicação do desaparecimento de um cartão de débito no estrangeiro três dias depois da comunicação realizada relativamente ao cartão de crédito, em virtude da mesma ocorrência.

³⁵ Cfr. o artigo 115.º, n.º 7, do RSP 2, o artigo 74.º, n.º 3, da DSP 2, e o artigo 60.º, n.º 4, da PRSP.

a partir desse momento da comunicação, a impedir qualquer utilização do instrumento de pagamento em causa³⁶.

Relativamente às operações não autorizadas que tenham sido já debitadas *antes* da comunicação do extravio ou apropriação indevida do instrumento de pagamento, o utilizador só deverá suportar perdas até ao valor de 50 euros³⁷. Na Proposta de Regulamento mantém-se igualmente esta limitação quanto aos prejuízos a imputar ao utilizador, justificando o legislador o valor de 50 euros a “fim de incentivar o utilizador do serviço de pagamento a notificar, sem demora indevida, o prestador do serviço de pagamento de qualquer furto ou perda de um instrumento de pagamento, reduzindo assim o risco de operações de pagamento não autorizadas”³⁸. Ou seja, na medida em que a comunicação seja realizada com um atraso *injustificado*, já não se aplicará o *plafond* de 50 euros, considerando-se haver o utilizador actuado sem a diligência devida.

Estas regras relativas à distribuição das perdas das operações não autorizadas pelas partes no contrato de prestação de serviços de pagamento podem ser afastadas nos contratos celebrados com utilizadores que não sejam consumidores³⁹.

Após a comunicação, o valor excedente das operações não autorizadas deverá ser reembolsado na conta do utilizador *imediatamente* — especificando-se que “em todo o caso, o mais tardar até ao final do primeiro dia útil seguinte” —, a menos que existam “motivos razoáveis” para suspeitar de fraude *do cliente*, exigindo-se que, nesse caso, o prestador do serviço comunique “por escrito esses motivos, no prazo indicado no número anterior, às autoridades judiciais nos termos da lei penal

³⁶ Cfr. o artigo 111.º, n.º 1, alínea *e)*, do RSP, artigo 70.º, n.º 1, alínea *e)*, da DSP 2, e o artigo 53.º, n.º 1, alínea *e)*, da PRSP. Sobre o tema: FRANCISCO MENDES CORREIA, “Operações não autorizadas e o Regime jurídico dos serviços de pagamento e da moeda eletrónica”, *in Estudos de direito bancário I*, A. Menezes Cordeiro, J. da Costa Gomes, M. Brito Bastos, A. Alves Leal (coords.), Coimbra, Almedina, 2018, p. 362. No caso de ter sido comunicado apenas o extravio do instrumento de pagamento, sem que qualquer operação tenha sido até então realizada, cabe ao prestador de serviços de pagamento evitar quaisquer pagamentos não autorizados.

³⁷ Cfr. o artigo 115.º, n.º 1, do RSP 2 e o artigo 74.º, n.º 1, da DSP 2.

³⁸ Cfr. o considerando 77 e o artigo 60.º, n.º 1, da PRSP.

³⁹ Cfr. os artigos 61.º, n.º 1, da DSP 2, 100.º, n.º 2, do RSP 2, e o artigo 27.º, n.º 1, da PRSP. Cfr., também, os considerandos 53 e 73 da DSP 2, e os considerandos 39 e 75 da PRSP.

e de processo penal”⁴⁰. O mesmo dever se impõe quando é o prestador do serviço que detecta a operação não autorizada, independentemente da comunicação do seu cliente⁴¹, e também é o mesmo prestador de serviço de pagamento que tem que reembolsar o cliente quando a operação é iniciada através de um prestador de serviços de iniciação

⁴⁰ Cfr. o artigo 56.º, n.º 1, da PRSP, e o artigo 73.º, n.º 1, da DSP 2. Cfr., igualmente, o artigo 114.º, n.ºs 1 e 2 do RSP 2. Note-se que o artigo 73.º da DSP 2 referido apenas diz que o prestador do serviço poderá não reembolsar “se o prestador de serviços de pagamento do ordenante tiver motivos razoáveis para suspeitar de fraude”, não elucidando que se trata de fraude cometida pelo cliente e não por um terceiro. No entanto, a interpretação no sentido de que está em causa a fraude cometida pelo utilizador do serviço é a única que é compatível com o que vem dito no considerando 71 da mesma directiva, onde já se refere expressamente a “forte suspeita de uma operação não autorizada resultante da conduta fraudulenta do utilizador do serviço de pagamento”. O legislador europeu disse menos do que o que queria dizer e esteve bem o legislador nacional ao referir-se à “atuação fraudulenta do ordenante” na transposição deste normativo, ainda que utilizando a designação “ordenante” com um sentido impróprio. A não ser assim, o dever de reembolso dos pagamentos não autorizados nunca existiria, uma vez que, na maioria dos casos, está em causa um comportamento fraudulento de algum terceiro, como já tivemos a oportunidade de assinalar em MARIA RAQUEL GUIMARÃES / REINHARD STEENNOT, “Allocation of liability in case of payment fraud...”, cit., pp. 41-44. A necessidade de clarificar o sentido da DSP 2 neste ponto é apontada pela EBA/Op/2022/06, n.ºs 291-292, p. 68, tendo o legislador europeu introduzido na PRSP a menção à “fraude cometida pelo ordenante” para responder a esta crítica. É claro que, nestes casos, verdadeiramente, o *ordenante* é o terceiro que comete a fraude e não o utilizador/cliente do banco defraudado. Mas esta terminologia é adoptada pelo legislador europeu sucessivamente nos vários diplomas que têm tratado do tema, no sentido de o “ordenante” ser o titular da conta indevidamente debitada, como já tivemos a oportunidade de criticar, nomeadamente em MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “The debit and credit card framework contract and its influence on European legislative initiatives”, in *InDret Comparado, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2012, disponível em <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/892_en.pdf> (3.10.2023).

⁴¹ Ao prestador de serviços de pagamento impõe-se um comportamento activo e não meramente reactivo, no sentido de tomar a iniciativa do reembolso sempre que seja detectada uma operação não autorizada. Assim, ver MARY DONNELLY, “Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II”, in *Computer Law & Security Review*, n.º 32, 2016, p. 834; e MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “The transposition of PSD2...”, cit., pp. 151-152, nota 33. Quanto aos deveres de monitorização que se impõem ao prestador do serviço, ver MARIA RAQUEL GUIMARÃES / REINHARD STEENNOT, “Allocation of liability in case of payment fraud...”, cit., pp. 41-44, e MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “Pagamentos electrónicos não autorizados e fraudulentos”, cit., pp. 237-238.

de pagamento, sem prejuízo do seu direito de regresso em relação a este último⁴².

Note-se que este reembolso não está dependente da comunicação atempada (ou da *justificação do atraso*) da ocorrência de uma operação não autorizada e é exigível mesmo nos casos em que a comunicação não é realizada diligentemente, contrariamente ao que tem vindo a ser entendido pelos prestadores de serviços de pagamento⁴³. Apenas a suspeita de uma actuação fraudulenta do cliente poderá servir de fundamento ao não cumprimento do dever de reembolso imediato. Uma vez realizado o reembolso, que poderá ser, nesta medida, um reembolso *provisório*, já terá o prestador de serviços de pagamento a possibilidade de provar a negligência grave do seu cliente, o incumprimento deliberado dos seus deveres ou até mesmo o seu comportamento fraudulento, na medida em que não o tenha podido provar antes do reembolso.

⁴² Assim, cfr. os artigos 114.º, n.ºs 5-6, 8, do RSP 2, 73.º, n.º 2, da DSP 2, e 56.º, n.ºs 4-5, da PRSP. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, cfr. FRANCISCO MENDES CORREIA, “Os novos serviços de iniciação de pagamentos: algumas notas sobre a responsabilidade civil”, in *Estudos de direito do consumo*, volume II, Rui Mascarenhas Ataíde, Francisco Rodrigues Rocha, Vítor Palmela Fidalgo (org.), Coimbra, Almedina, 2023, pp. 760-766.

⁴³ Cfr. EBA/Op/2022/06, n.ºs 290-291, p. 68. Nem se diga que a interpretação no sentido de o reembolso não ser devido nos casos em que o utilizador não realizou a comunicação de forma diligente tem apoio na expressão “sem prejuízo” do cumprimento dos deveres de comunicação diligente impostos ao utilizador, com que os vários normativos relativos ao reembolso abrem: na PRSP, “Sem prejuízo do artigo 54.º, (...)”. A expressão “sem prejuízo” dos deveres do utilizador tem o sentido de o dever de reembolso não pôr em causa o dever de comunicação diligente. Veja-se o caso paralelo do artigo 53.º, n.º 1, alínea *a*), da PRSP — com equivalência no artigo 70.º da DPS 2 e no artigo 111.º do RSP 2 —, onde se prevê que o prestador de serviços de pagamento que emite um instrumento de pagamento deve assegurar que as credenciais de segurança personalizadas só sejam acessíveis ao utilizador habilitado a utilizar o referido instrumento, *sem prejuízo das obrigações do utilizador de serviços de pagamento previstas no artigo 52.º*” (itálico nosso), e onde não se levantam dúvidas de que os deveres do prestador do serviço de pagamento coexistem com os do utilizador (sobre o prestador de serviços de pagamento recairá mesmo uma obrigação de resultado: MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “A responsabilidade do banco por operações de pagamento não autorizadas no online banking, decorrente do novo regime de serviços de pagamento (RSP II)”, in Julgar, n.º 42, 2020, p. 200). Já não se imporá o dever de reembolso quando foi ultrapassado o prazo de 13 meses sobre as operações não autorizadas, como aconteceu no caso apreciado pelo TJUE, *Mediterranean Shipping Company (Portugal)*, cit. Diferente solução foi consagrada no artigo 59.º, n.º 1, e n.º 3, da PRSP, para os casos de fraude de usurpação de identidade, como veremos *infra*, n.º 10.

4. AINDA O DEVER DE REEMBOLSO: A POSSIBILIDADE DE REALIZAR UMA INVESTIGAÇÃO PRÉVIA

Acrescenta-se agora na PRSP que, nos casos de suspeita de fraude do “ordenante”, o prestador do serviço de pagamento “deverá poder realizar uma investigação antes de reembolsar o ordenante”⁴⁴. Essa investigação terá lugar nos dias subsequentes, e após a mesma, *no prazo de 10 dias úteis* a contar da data em que tomou conhecimento ou foi notificado da operação não autorizada, “o prestador de serviços de pagamento deverá reembolsar ao ordenante o montante da operação de pagamento não autorizada ou apresentar ao ordenante os motivos e os elementos comprovativos da recusa do reembolso, indicando os organismos para os quais o ordenante, caso não aceite as razões invocadas, pode remeter a questão”⁴⁵. Assim, ainda que o prestador dos serviços esteja convencido do comportamento fraudulento do seu cliente, na medida em que não tenha “elementos comprovativos” desse comportamento, terá que reembolsar o valor das operações não autorizadas no prazo máximo de 10 dias úteis. O que significa, por outro lado, que fica mais uma vez patente que a suspeita de negligência do utilizador, ainda que grosseira, não é fundamento para a não devolução imediata dos valores debitados e *nem sequer* é fundamento para a realização de averiguações prévias ao reembolso. Quaisquer averiguações a que haja lugar para comprovar a negligência do utilizador, ainda que grave, não podem pôr em causa o imediato ressarcimento do utilizador pelos pagamentos não autorizados, sem a possibilidade de utilizar os 10 dias úteis para investigações.

Percebe-se, nesta proposta, a preocupação do legislador com o cumprimento efectivo deste dever de reembolso. A mesma preocupação esteve na base da regra nacional, onde se diz que o não cumprimento deste dever de reembolso acarreta a obrigação de pagamento de “juros moratórios, contados dia a dia desde a data em que o utilizador de serviços de pagamento tenha negado que autorizou a operação de pagamento executada, até à data do reembolso efectivo da mesma, calculados à taxa legal, fixada nos termos do Código Civil, acrescida de 10 pontos percentuais, sem prejuízo do direito à indemnização suplementar a que haja lugar”⁴⁶. Só não será assim se se verificarem os requisitos

⁴⁴ Cfr. o n.º 2 do artigo 56.º da PRSP.

⁴⁵ Cfr. o considerando 77 e o artigo 56.º, n.º 2, da PRSP.

⁴⁶ Cfr. o n.º 10 do artigo 114.º do RSP 2. O artigo 56.º, n.º 6, da PRSP continua a abrir a possibilidade de ser prevista uma indemnização adicional a ser paga pelo prestador dos serviços de pagamento ao utilizador.

do n.º 2 do artigo 114.º, ou seja, se o prestador dos serviços de pagamento tiver “motivos razoáveis” para suspeitar de actuação fraudulenta do seu cliente e o comunicar por escrito às autoridades competentes nos termos descritos na lei⁴⁷.

Entre nós, porém, como já assinalámos, se, por um lado, parece que o dever de reembolso não tem sido espontaneamente cumprido pelos prestadores de serviços de pagamento, por outro lado, o cumprimento desse dever não aparenta corresponder a um comportamento economicamente vantajoso, na medida em que estas condutas nem sempre parecem ser devidamente fiscalizadas e sancionadas. E quando o incumprimento de um dever acarreta mais vantagens do que desvantagens, a sua efectividade é posta em causa.

5. IMPOSSIBILIDADE DE DETECÇÃO PRÉVIA DO EXTRAVIO DO INSTRUMENTO DE PAGAMENTO

Se o extravio do instrumento de pagamento “não pudesse ser detectado” pelo utilizador antes da realização de uma operação não autorizada — porque o instrumento de pagamento se encontra na sua posse, bem como os demais dispositivos de segurança que lhe estejam associados, como um telemóvel para onde são enviados os códigos dinâmicos necessários às operações ou *tokens* que geram códigos para cada operação individual —, nomeadamente em resultado de contratos *online*, sem a utilização “física” do instrumento de pagamento ou como consequência da “duplicação” deste instrumento ou da sua corrupção por via

⁴⁷ Note-se, porém, que na redacção do n.º 10 do artigo 114.º não se transcrevem literalmente os requisitos para o não reembolso previstos no n.º 2 do mesmo artigo, tendo optado o legislador por abreviar essa redacção, referindo-se ao primeiro requisito como “não tenham sido detetados motivos razoáveis que constituam fundamento válido de suspeita de fraude”, sem se referir à fraude *do ordenante*, tal como acontece no artigo 73.º da DSP 2, agora corrigido no artigo 56.º da PRSP (ver, *supra*, nota 40). O n.º 10 do artigo 114.º não pode, porém, ser lido separadamente dos demais números, concretamente dos seus n.ºs 1 e 2, na medida em que só nos casos do n.º 2 é que o não reembolso imediato é justificado, sendo devidos juros nos demais casos. Em sentido distinto, porém, considerando, no caso em apreço, não haver lugar ao pagamento de juros nos termos do n.º 10 do artigo na medida em que o banco não reembolsou o cliente mas “foram desde logo apresentados motivos razoáveis que constituem fundamento válido de suspeita de fraude” (de terceiro), ver o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16.05.2023 (Rodrigues Pires).

informática, o seu titular não assumirá qualquer prejuízo pelas operações não autorizadas, a menos que tenha actuado fraudulentamente⁴⁸.

A mesma solução está prevista para os casos em que as perdas são imputáveis a um trabalhador ou a um agente do prestador do serviço de pagamento⁴⁹.

Note-se que, de acordo com o texto do artigo 115.º do RSP 2 – e do artigo 74.º da DSP2 –, não é decisivo se o utilizador *detectou efetivamente* a fraude, mas se esta era *detectável* por este utilizador. Por conseguinte, o utilizador só não arcará com qualquer prejuízo com base nestas disposições do RSP 2 e da DSP 2 se um utilizador normal, razoável e prudente não tivesse podido detectar a fraude, tendo em conta todas as circunstâncias do caso⁵⁰. Um utilizador para quem a fraude não era detectável não terá actuado com negligência grave e, por conseguinte, não será de todo responsável. Por outro lado, se a fraude era detectável, é provável que o comportamento do utilizador constitua também uma negligência grave⁵¹. Assim, o utilizador que poderia ter detectado a fraude antes da realização das transacções não autorizadas será frequentemente responsável pelos pagamentos não autorizados⁵², nos termos que veremos *infra*, aplicáveis às hipóteses de negligência grave⁵³.

Esta solução vale, cremos, também, para os casos de *phishing*, sempre que um utilizador normal, razoável e prudente, naquelas circunstân-

⁴⁸ Cfr. a alínea *a*) do n.º 2 do artigo 115.º do RSP 2, a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 74.º da DSP 2. Sobre o âmbito de aplicação desta hipótese, e questionando sobre quem recai o ónus da prova da susceptibilidade de a operação não autorizada ser detectável, ver MARY DONNELLY, “Payments in the digital market...”, cit., e REINHARD STEENNOT, “Reduced payer’s liability for unauthorized payment transactions under second Payment Services Directive (PSD2)”, in *Computer Law & Security Review*, n.º 34, 2018, p. 962. A EBA, na sua apreciação crítica da DSP 2, também assinala ser difícil determinar que a perda, roubo ou apropriação indevida de um instrumento de pagamento não era detectável pelo pagador antes de um pagamento e que o utilizador agiu de forma fraudulenta: EBA/Op/2022/06, n.º 294, p. 69.

⁴⁹ Cfr. a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 115.º do RSP 2, a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 74.º da DSP 2 e a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 60.º da PRSP.

⁵⁰ Neste sentido, ver MARIA RAQUEL GUIMARÃES / REINHARD STEENNOT, “Allocation of liability in case of payment fraud...”, cit., p. 34.

⁵¹ *Idem, ibidem*.

⁵² *Idem, ibidem*.

⁵³ *Infra*, n.º 6.

cias, não tivesse podido detectar que estava a ser alvo de um esquema fraudulento, porque, nomeadamente, apesar de todas as suas precauções, acedeu a uma página falsa de *homebanking*, em tudo idêntica à original, e aí inseriu as suas credenciais de acesso. Estas situações não serão hoje tão facilmente verificáveis na medida em que é necessária uma autenticação forte *dinâmica* para a realização de uma operação de pagamento, o que implica também uma interferência *não detectável* nos mecanismos de autenticação, como, por exemplo, um telemóvel⁵⁴.

A PRSP, tal como a DSP 2, diz nos seus considerandos que “o ordenante não deverá incorrer em responsabilidade caso não possa tomar conhecimento da perda, furto ou utilização abusiva do instrumento de pagamento”⁵⁵. Na versão inglesa do clausulado da Proposta transcreve-se neste ponto o disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 74.º da DSP 2:

“The first subparagraph shall not apply where any of the following occurred: (a) the loss, theft or misappropriation of a payment instrument was not detectable to the payer prior to a payment, except where the payer has acted fraudulently”⁵⁶.

Já na versão portuguesa do mesmo artigo 60.º da Proposta, verifica-se uma alteração importante na redacção face ao previsto na DSP 2:

“O disposto no primeiro parágrafo não se aplica sempre que se verifique uma das seguintes situações: a) Não foi possível ao ordenante detetar a perda, o furto ou a apropriação abusiva de um instrumento de pagamento antes da realização de um pagamento, salvo no caso de o ordenante ter atuado fraudulentamente”.

A versão portuguesa da DSP 2 prevê, à semelhança da versão inglesa que:

“O primeiro parágrafo não se aplica se: a) A perda, o furto ou a apropriação abusiva de um instrumento de pagamento não pu-

⁵⁴ Não se exigindo autenticação forte do utilizador, este não arcará com quaisquer prejuízos, como veremos *infra*, n.º 8.

⁵⁵ Considerando 71 da DSP 2 e considerando 77 da PRSP.

⁵⁶ Cfr. a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 60.º da PRSP, na versão em inglês. Na versão francesa da mesma norma lê-se: “Le premier alinéa ne s’applique pas: a) si la perte, le vol ou le détournement d’un instrument de paiement ne pouvait être détecté par le payeur avant le paiement, sauf si le payeur a agi frauduleusement”.

desse ser detetada pelo ordenante antes da realização de um pagamento, salvo se o ordenante tiver atuado fraudulentamente”.

Esta diferença de redacção da versão portuguesa da Proposta, face à versão em inglês e face à redacção em português da DSP 2 – “não foi possível (...) detetar” em vez de “não pudesse ser detetada” – levanta algumas questões quando ao critério que deverá ser tido em consideração para aferir a desresponsabilização do utilizador nestes casos. Quando se diz que este não suporta perdas sempre que *não tenha podido detectar* o extravio do instrumento de pagamento, parece estarmos a apelar a um conhecimento efectivo ou à possibilidade de conhecer de um utilizador em concreto e não a uma possibilidade de conhecimento abstracta, por um utilizador médio, colocado naquela situação. Ao utilizador em concreto pode não ter sido possível detectar o extravio do instrumento de pagamento, tendo sido particularmente negligente na sua utilização e no fornecimento dos seus dados, e nunca tendo prestado atenção aos avisos de prestador do serviço, quando o seu extravio, em abstracto, deveria poder ser detectado por um utilizador normal naquelas circunstâncias.

No entanto, é também equacionável que a redacção portuguesa da norma tenha querido dizer o mesmo que as versões inglesa e francesa, podendo defender-se que não exige que o utilizador efectivamente não tenha detectado o extravio do seu instrumento de pagamento, mas sim que não o tenha podido detectar... Teremos que esperar pela redacção final da norma, sempre se advogando, no caso de esta se manter, a sua interpretação e aplicação à luz das versões redigidas em todas as línguas da União Europeia, de um modo uniforme.

6. A NEGLIGÊNCIA GRAVE OU GROSSEIRA DO UTILIZADOR, A SUA PROVA E OS DEVERES DE ESCLARECIMENTO E MONITORIZAÇÃO DO PRESTADOR DO SERVIÇO DE PAGAMENTO

A imputação ao utilizador de um instrumento de pagamento das perdas por operações não autorizadas pode sofrer um agravamento substantivo relativamente ao tecto de 50 euros, sempre que o utilizador tenha actuado fraudulentamente ou tenha incumprido de forma deliberada uma ou mais das suas obrigações, previstas, no direito nacional, no artigo 110.º do RSP 2. Neste caso, o utilizador do serviço suportará “todas as perdas resultantes de operações de pagamento não autorizadas”⁵⁷. Prevê-se ainda, no RSP 2 que, nos casos em que tenha havido

⁵⁷ Cfr. o n.º 3 do artigo 115.º do RSP 2. Cfr., também, o artigo 74.º, n.º 1, últ. §, da DSP 2.

negligência *grosseira* do titular “este suporta as perdas resultantes de operações de pagamento não autorizadas até ao limite do saldo disponível ou da linha de crédito associada à conta ou ao instrumento de pagamento, ainda que superiores a (euro) 50”⁵⁸.

Esta possibilidade de distinguir as hipóteses de negligência grave daquelas em que tenha havido incumprimento doloso dos deveres de segurança e de comunicação ou uma actuação fraudulenta do utilizador do instrumento de pagamento é conferida pelo artigo 74.º, n.º 1, últ. §, da DSP 2, ainda que especialmente pensada para ter em consideração a “natureza das credenciais de segurança personalizadas e as circunstâncias específicas da perda, furto ou apropriação abusiva do instrumento de pagamento”, e é mantida na PRSP⁵⁹. O legislador nacional utilizou esta prerrogativa no RSP 1, já perante disposição análoga da DSP 1, e manteve a opção no RSP 2, apesar de, em nenhum dos casos, ter tido em conta o tipo de instrumento de pagamento utilizado e as credenciais de segurança associadas, bem como as especiais circunstâncias do caso.

A DSP 2, tal como o diploma nacional, não define, porém, “negligência grave”. No entanto, no seu considerando 72 diz-se que, na avaliação da existência de negligência grave, “deverão ser tidas em conta todas as circunstâncias”⁶⁰. Acrescenta-se ainda que “a negligência grosseira deverá significar mais do que mera negligência, envolvendo uma conduta que revela um grau significativo de imprudência”⁶¹, dando-se como

Sobre a responsabilidade contratual do utilizador nestas hipóteses, ver MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Serviços de pagamentos, repartição do risco e responsabilidade civil – algumas reflexões a propósito da nova diretiva dos serviços de pagamentos (DSP2)”, *in Revista de Direito Comercial* (2017), n.º 1, p. 669, 2017-11-22, <<https://www.revistade-direitocomercial.com>> (18.10.2023).

⁵⁸ Cfr. o n.º 4 do artigo 115.º do RSP 2. Estes prejuízos podem corresponder ou não à totalidade dos prejuízos causados pela actuação fraudulenta de um terceiro, dependendo das operações que foram realizadas para além dos limites referidos.

⁵⁹ Cfr. o último § do n.º 1 do artigo 60.º da PRSP.

⁶⁰ Neste sentido, cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13.07.2023 (Gabriela de Fátima Marques), sumário, II. Chama a atenção para este aspecto, PATRÍCIA GUERRA, “A realização de operações de pagamento não autorizadas e a tutela do utilizador de serviços de pagamento em face do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica”, *in RED — Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, Junho, 2016, p. 39, disponível em <https://cij.up.pt/client/files/0000000001/2_648.pdf> (3.10.2023).

⁶¹ Neste mesmo sentido ver, desde logo, os acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 17.12.2014 (Fernando Fernandes Freitas), e de 10.07.2019 (Margarida Sousa), segun-

exemplo a situação em que o titular de um instrumento de pagamento conserva as credenciais utilizadas para autorizar uma operação de pagamento “juntamente com o instrumento de pagamento, num formato que seja aberto e facilmente detetável por terceiros”.

A EBA, nas suas propostas com vista à revisão da DSP 2, incluiu a necessidade de serem clarificados vários dos conceitos utilizados por esta directiva, como “actuação fraudulenta” e, precisamente, “negligência grave”⁶². Olhando para a exemplificação do considerando 72 da DSP 2, a EBA chamou a atenção para o facto de nos últimos anos a fraude se ter tornado mais sofisticada, sobretudo nas operações de pagamento à distância⁶³. Apreciou, ainda, criticamente, o facto de os prestadores de serviços de pagamento considerarem como um comportamento gravemente negligente o fornecimento das credenciais de acesso a um serviço de pagamento a um terceiro em consequência de técnicas de “engenharia social”, sem ter em conta os deveres de monitorização que são impostos aos prestadores de serviços face a cenários identificados de fraude e os deveres de esclarecimento e de aviso dos seus clientes face a novas ameaças e vulnerabilidades dos sistemas utilizados⁶⁴.

Já tivemos a oportunidade de defender que estes dois aspectos são indissociáveis: o comportamento do utilizador e o comportamento do prestador do serviço, embora a repartição das perdas geradas por operações fraudulentas entre os dois, nos diferentes diplomas em análise, só tenha em consideração o comportamento do primeiro. Mas o grau de censura que se pode imputar ao utilizador deverá entrar em linha de conta com o nível de esclarecimento e de informação que o prestador do serviço proporciona ao seu cliente e com o cumprimento por parte

do os quais “negligência grave” corresponde a “negligência grosseira, erro imperdoável, desatenção inexplicável, incúria indesculpável, vistos em confronto com o comportamento do comum das pessoas, mesmo daquelas que são pouco diligentes”, Sumário, VI, e Sumário, IV, respectivamente. Mais recentemente, com o mesmo entendimento, ver o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13.07.2023 (Gabriela de Fátima Marques) e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18.04.2023 (João Ramos Lopes).

⁶² Cfr. EBA/Op/2022/06, n.º 26, pp. 6-7, n.º 288, pp. 67-68, n.ºs 293-295, pp. 68-69.

⁶³ *Idem*, n.º 293, p. 68.

⁶⁴ *Idem*, p. 69.

do mesmo prestador de serviços dos seus deveres de monitorização de operações suspeitas⁶⁵.

O RSP 2, no seguimento da directiva transposta, prevê um conjunto de regras sobre gestão dos riscos operacionais e de segurança e impõe aos prestadores de serviços de pagamento a obrigação de fornecer ao Banco de Portugal, “anualmente ou com uma menor periodicidade por este definida, uma avaliação exaustiva e atualizada dos riscos operacionais e de segurança relacionados com os serviços de pagamento por si prestados, e bem assim da adequação das medidas de mitigação dos riscos e dos mecanismos de controlo aplicados em resposta a esses riscos”⁶⁶. Os prestadores de serviços de pagamento têm também que notificar, “sem demora”, o Banco de Portugal nos casos em que ocorra um “incidente operacional ou de segurança de carácter severo”, impondo-se, por outro lado, a obrigação de notificar igualmente os utilizadores do serviço sempre que “o incidente tiver ou for suscetível de ter repercussões nos interesses financeiros” desses utilizadores⁶⁷. Acresce que a lei obriga ainda os prestadores de serviços de pagamento ao fornecimento periódico ao Banco de Portugal dos dados estatísticos sobre fraudes relacionadas com os diferentes meios de pagamento e ao posterior

⁶⁵ MARIA RAQUEL GUIMARÃES / REINHARD STEENNOT, “Allocation of liability in case of payment fraud...”, cit., pp. 41, 44. No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13.07.2023 (Gabriela de Fátima Marques), o tribunal tomou em consideração, para efeitos de aferir do grau de censura do comportamento do utilizador do serviço de pagamento, não só o comportamento deste último, que tinha respondido a um *SMS* fornecendo as coordenadas de acesso ao seu *homebanking*, mas também o comportamento do banco, que tinha previamente usado esta forma de comunicação com o seu cliente a propósito da inactividade do serviço (tal como mencionado no *SMS* fraudulento), tornando a conduta do cliente menos censurável.

⁶⁶ Cfr. o artigo 70.º e ss. do RSP 2, e, em particular, o n.º 3 do artigo 70.º. Seguimos de perto, neste ponto, o que dissemos em “Pagamentos electrónicos não autorizados e fraudulentos”, cit., pp. 237-238.

⁶⁷ Cfr. o artigo 71.º, n.º 1, do RSP 2. De acordo com os dados do BANCO DE PORTUGAL, *Relatório dos Sistemas de Pagamentos — 2022*, cit., p. 12, no ano de 2022 foram reportados “55 incidentes de carácter severo (menos um do que no ano anterior), dos quais 50 de natureza operacional e 5 de segurança. Estes incidentes afetaram cerca de 1,9 milhões de utilizadores e levaram à não execução de 3,7 milhões de transações, no valor de 975 milhões de euros. Tal como no ano anterior, os canais mais afetados pelos incidentes reportados foram o *homebanking* e o *mobile banking*”.

reenvio desses dados, pelo Banco de Portugal, à Autoridade Bancária Europeia e ao Banco Central Europeu⁶⁸.

No que toca aos deveres de monitorização do prestador de serviços, o Regulamento Delegado (UE) 2018/389 da Comissão de 27 de Novembro de 2017, veio estipular que os prestadores de serviços de pagamento devem dispor de mecanismos de controlo das operações que lhes permitam detectar operações de pagamento fraudulentas ou não autorizadas⁶⁹. O artigo 18.º, n.º 2, do mesmo Regulamento Delegado define um conjunto de critérios que têm que ser tidos em consideração para aferir em tempo real o baixo nível de risco de uma operação de pagamento, nomeadamente que não seja detectada nenhuma das seguintes situações: “i) despesas ou padrões de comportamento anormais do ordenante; ii) informações invulgares sobre o acesso do ordenante com o dispositivo ou *software* por ele utilizado; iii) infeção por *software* maligno (*malware*) numa sessão do procedimento de autenticação; iv) cenário de fraude conhecido no contexto da prestação de serviços de pagamento; v) localização anormal do ordenante; vi) localização de alto risco do beneficiário”⁷⁰. Estes mesmos critérios foram

⁶⁸ Cfr. o artigo 72.º do RSP 2. A PRSP mantém as regras relativas à gestão dos riscos operacionais e de segurança (artigo 81.º) e à comunicação de fraudes (artigo 82.º).

⁶⁹ Cfr. o artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento Delegado (UE) 2018/389 da Comissão de 27 de Novembro de 2017 que complementa a Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho no que respeita às normas técnicas de regulamentação relativas à autenticação forte do cliente e às normas abertas de comunicação comuns e seguras, *in JO L 69*, 13.03.2018, p. 23 ss. A DSP 1 permitia já ao prestador de serviços de pagamento incluir no contrato-quadro de utilização de um instrumento de pagamento a possibilidade de bloquear esse instrumento com base em razões objectivas de segurança ou de suspeita de fraude, possibilidade que se manteve na DSP 2, nos artigos 52.º, n.º 5, alínea c), e 68.º, n.º 2. Esta possibilidade de bloquear um instrumento de pagamento em caso de risco sempre corresponderia, na falta de disposição expressa, a um dever que decorre do princípio da boa fé imposto ao prestador dos serviços de pagamento, como defende M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos Comerciais*, Coimbra, Livraria Almedina, 2012, pp. 242-243. A DSP 2 foi, no entanto, mais longe ao impor ao prestador do serviço um dever de gestão dos riscos operacionais e de segurança, incluindo “medidas de mitigação e mecanismos de controlo adequados para gerir os riscos operacionais e de segurança, relacionados com os serviços de pagamento por si prestados”, e a criação e manutenção de “procedimentos eficazes de gestão de incidentes, inclusive para a deteção e classificação de incidentes operacionais e de segurança de carácter severo” (artigo 95.º, n.º 1, da DSP 2, e artigo 70.º, n.ºs 1 e 2, do RSP 2). Sobre esta evolução da DSP 2, ver FRANCISCO MENDES CORREIA, “Uma revolução permanente? A DSP 2 e o novo direito dos serviços de pagamento”, *in III Congresso de Direito Bancário*, L. Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), Coimbra, Livraria Almedina, 2018, pp. 402-403.

⁷⁰ Alguns destes critérios foram já considerados pela jurisprudência dos nossos tribunais

incluídos na PRSP como factores a ter em conta pelos mecanismos de controlo das operações, que permitam aos prestadores de serviços de pagamento evitar e detectar operações de pagamento potencialmente fraudulentas, acrescentando-se ainda aos já especificados as “listas de elementos de autenticação que foram objeto de utilização fraudulenta ou furto”⁷¹.

No que respeita aos deveres de informação e esclarecimento do utilizador, a PRSP incluiu um normativo específico (artigo 84.º) com a epígrafe “Riscos e tendências da fraude em matéria de pagamentos”:

“1. Os prestadores de serviços de pagamento devem alertar os seus clientes através de todos os processos e meios de comunicação adequados sempre que surjam novas formas de fraude em matéria de pagamentos, tendo em conta as necessidades dos seus grupos de clientes mais vulneráveis. Os prestadores de serviços de pagamento devem transmitir aos seus clientes indicações claras sobre a forma de identificar tentativas fraudulentas e alertá-los para as medidas e precauções necessárias a tomar para evitar que se tornem vítimas de ações fraudulentas perpetradas contra eles. Os prestadores de serviços de pagamento devem informar os seus clientes sobre as instâncias junto das

superiores, embora não de uma forma sistemática, conforme exemplificado em MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “The transposition of PSD2...”, cit., pp. 162-163. Na medida em que na avaliação do risco das operações levadas a cabo são processados dados do utilizador relativos aos seus padrões de comportamento, haverá que ter em conta os requisitos do Regulamento Geral de Protecção de Dados (RGPD) para o efeito, nomeadamente quanto à licitude do tratamento [ver o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados), *in JO* L 119 de 4.5.2016, pp. 1-88]. A preocupação com o tratamento dos dados do utilizador é patente no considerando 102 da PRSR, onde se diz que “os prestadores de serviços de pagamento devem (...) estabelecer períodos de conservação adequados dos diferentes tipos de dados utilizados na prevenção da fraude. Esses períodos de conservação devem ser estritamente limitados ao período necessário para detetar comportamentos atípicos e potencialmente fraudulentos, e os prestadores de serviço de pagamento devem apagar regularmente os dados que deixem de ser necessários para a deteção e prevenção de fraudes. Os dados tratados para efeitos de controlo das operações não deverão ser utilizados depois de o utilizador de serviços de pagamento ter deixado de ser cliente do prestador de serviços de pagamento”. Esta preocupação foi vertida no artigo 83.º, n.º 2, 2.º §, da PRSP.

⁷¹ Cfr. o artigo 83.º, n.º 1, alínea c), e n.º 2, 2.º §, da PRSP.

quais podem denunciar ações fraudulentas e obter rapidamente informações relacionadas com fraudes.

2. Os prestadores de serviços de pagamento devem organizar, pelo menos uma vez por ano, programas de formação sobre os riscos e as tendências da fraude em matéria de pagamentos para os seus empregados e assegurar que estes recebem formação adequada para desempenhar as suas funções e responsabilidades, em conformidade com as políticas e procedimentos de segurança relevantes para atenuar e gerir os riscos de fraude em matéria de pagamentos⁷².

Como já se vinha a defender face ao regime vigente, numa situação em que o utilizador fornece as credenciais associadas ao seu instrumento de pagamento e o acesso aos elementos de autenticação forte, respondendo a um falso *email* ou SMS de um banco, por exemplo, não poderá ser indiferente saber se o prestador do serviço tinha já alertado o seu cliente para o envio de mensagens falsas e para o procedimento a adoptar nesses casos ou se essas informações de segurança nunca lhe foram fornecidas⁷³. Será mais negligente aquele que desconsiderou ou optou por ignorar as informações do seu banco relativamente à possibilidade de ser vítima de fraude do que aquele que nunca foi alertado para essa possibilidade, tendo ambos adoptado o mesmo comportamento face a um ataque de *phishing*. Por outro lado, se as operações não autorizadas fogem completamente a um padrão de operações mantido pelo utilizador ao longo dos anos, pelos valores, pela localização do ordenante ou do beneficiário, a situação terá que ser tratada distintamente dos casos em que aquelas operações correspondem a um padrão normal de movimentos do utilizador⁷⁴.

Nesta linha parece ir o novo exemplo acrescentado pela PRSP nos seus considerandos, onde se diz que “[o] facto de um consumidor já ter re-

⁷² O n.º 3 do artigo 84.º referido prevê, ainda, que a EBA deverá “emitir orientações nos termos do artigo 16.º do Regulamento (UE) n.º 1093/2010 no que diz respeito aos programas relativos aos riscos de fraude em matéria de pagamentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 do presente artigo”. O disposto neste artigo 84.º corresponde a uma preocupação manifestada pela EBA no sentido de se levarem a cabo campanhas pedagógicas de esclarecimento dos utilizadores: EBA/Op/2022/06, n.º 31, p. 8. Cfr., também, o texto preambular da PRSP, p. 6, bem como o seu considerando 106.

⁷³ Assim, entre outros, ver o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15.01.2019 (Moreira do Carmo).

⁷⁴ Ver, neste sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22.05.2014 (Mata

cebido um reembolso por parte de um prestador de serviços de pagamento depois de ter sido vítima de fraude por usurpação da identidade de um empregado bancário e de apresentar outro pedido de reembolso ao mesmo prestador de serviços de pagamento, depois de ter sido novamente vítima do mesmo tipo de fraude, pode ser considerado uma ‘negligência grave’ uma vez que poderá indicar um elevado grau de descuido por parte do utilizador, que devia ter exercido maior vigilância depois de já ter sido vítima do mesmo *modus operandi* fraudulento”⁷⁵.

Em suma, a actuação gravemente negligente do utilizador de um instrumento de pagamento pressupõe que este adopta um comportamento que um utilizador médio, razoavelmente informado e esclarecido, não adoptaria⁷⁶. Como tem vindo a ser defendido pelos nossos tribunais superiores, não se pode qualificar a conduta de quem fornece credenciais de segurança em resultado de uma prática fraudulenta como gravemente negligente quando “essas práticas fraudulentas são levadas a cabo porque um grande número de pessoas é ludibriado através delas e não apenas as extremamente descuidadas ou incautas; e para uma conduta poder ser qualificada como grosseiramente negligente ela não pode ser susceptível de ser levada a cabo por um número significativo dos homens médios”⁷⁷.

Mantêm-se na PRSP as regras relativas ao ónus da prova no sentido de que, em face da comunicação de uma operação não autorizada, “cabe

Ribeiro), e o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17.12.2014 (Fernando Fernandes Freitas), de acordo com o qual, “com os meios informáticos de que dispõe e o conhecimento das pessoas que são seus clientes habituais, fácil será aos Bancos traçar o perfil do utilizador (como o faz a Google em relação aos titulares das contas de correio electrónico), barrando as operações a quem, v.g. pela hora tardia e inusitada, tenta fazer ‘transferências’ para terceiros, ou, pela repetição de transferências inusitada num curto lapso de tempo, enfim, tudo o que saia da normalidade que o cliente vem revelando, contribuindo assim para uma maior segurança do sistema, que se quer, até onde for possível, blindado”.

⁷⁵ Considerando 82 da PRSP.

⁷⁶ Assim, MARIA RAQUEL GUIMARÃES / REINHARD STEENNOT, “Allocation of liability in case of payment fraud...”, cit., pp. 22-23. Sobre a negligência leve e a negligência grosseira do utilizador, ainda que à luz do RSP 1, e sua concretização na jurisprudência portuguesa, ver FRANCISCO MENDES CORREIA, “Operações não autorizadas e o Regime jurídico dos serviços de pagamento e da moeda eletrónica”, cit., pp. 368-371, 379-381.

⁷⁷ Assim, cfr. os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.03.2016 (Rijo Ferreira), e de 10.07.2019 (Margarida Sousa), do Tribunal da Relação de Coimbra de 15.01.2019 (Moreira do Carmo) e do Tribunal da Relação do Porto de 27.06.2022 (Mendes Coelho). Em sentido próximo, cfr., também, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de

ao prestador de serviços de pagamento fazer prova de que a operação de pagamento foi autorizada, devidamente registada e contabilizada, e que não foi afetada por qualquer avaria técnica ou por outra deficiência do serviço prestado pelo prestador de serviços de pagamento”, não bastando esta prova, *por si só*, “para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante ou que este último agiu de forma fraudulenta ou não cumpriu, com dolo ou por negligência grave, uma ou mais obrigações decorrentes do artigo 52.^o”⁷⁸. Mantém-se, também a regra, introduzida pela DSP 2, de acordo com a qual é o prestador de serviços de pagamento que tem que demonstrar a existência de fraude ou de negligência grave do utilizador de serviços de pagamento⁷⁹.

Acrescenta-se no artigo 59.^o, n.^o 4, da Proposta, que, nos casos de usurpação da identidade de um empregado do prestador de serviços de pagamento, cabe também a este prestador de serviços de pagamento provar que o consumidor agiu de forma fraudulenta ou com negligência grave, valendo aqui o exemplo de negligência grave a que já nos referimos *supra*, apontado no considerando 82 da PRSP⁸⁰. O ónus da prova da verificação e informação de discrepâncias de IBAN a cargo dos prestadores de serviços de pagamento nos termos do artigo 50.^o, n.^o 1, da PRSP, a que nos referiremos à frente, no texto, recai, mais uma

17.12.2014 (Fernando Fernandes Freitas).

⁷⁸ Cfr. a redacção do artigo 55.^o, n.^{os} 1 e 2, da PRSP, com a redacção dos artigos 113.^o, n.^{os} 1 e 3, do RSP 2, e 72.^o, n.^{os} 1 e 2, da DSP 2: no primeiro normativo a menção à prova da *autorização* da operação surge logo no n.^o 1, de uma forma expressa, imputada ao prestador dos serviços de pagamento, diferentemente do que acontece na Directiva e na lei nacional, ainda que a mesma solução resulte da conjugação dos diferentes números dos artigos, nestes dois diplomas.

⁷⁹ Cfr. o artigo 55.^o, n.^o 2, *in fine*, da PRSP. Estas regras podem ser afastadas nos contratos celebrados com utilizadores não consumidores: cfr. os artigos 61.^o, n.^o 1, da DSP 2, 100.^o, n.^o 2, do RSP 2, e o artigo 27.^o, n.^o 1, da PRSP. Para uma exemplificação da aplicação desta regra pelos nossos tribunais, ver, entre outros, os acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 23.01.2023 (Joaquim Moura), de 27.06.2022 (Mendes Coelho), e de 4.06.2019 (Alexandra Pelayo); do Tribunal da Relação de Coimbra de 10.12.2020 (Emídio Santos); do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.04.2022 (Luís Correia Mendonça), e de 10.05.2018 (Vaz Gomes); e do Tribunal da Relação de Évora de 24.09.2020 (Manuel Bargado).

⁸⁰ Sobre estes casos de usurpação de identidade, ver, *infra*, n.^o 10.

vez, sobre os prestadores destes serviços, nos termos do n.º 4 do artigo 57.º da PRSP⁸¹.

7. A AUTENTICAÇÃO FORTE DO UTILIZADOR

Em derrogação da regra básica de distribuição dos prejuízos pelas partes num contrato de prestação de serviços de pagamento em caso de operações não autorizadas, prevê o n.º 5 do artigo 115.º do RSP 2 que o utilizador não suportará quaisquer perdas se “o prestador de serviços de pagamento do ordenante não exigir a autenticação forte do ordenante”, a menos que, mais uma vez, tenha actuado fraudulentamente⁸².

A autenticação forte do utilizador, introduzida pela DSP 2 e em vigor desde 2019⁸³, foi definida por este diploma como “uma autenticação baseada na utilização de dois ou mais elementos pertencentes às categorias conhecimento (algo que só o utilizador conhece), posse (algo que só o utilizador possui) e inerência (algo que o utilizador é), os quais são independentes, na medida em que a violação de um deles não compromete a fiabilidade dos outros, e que é concebida de modo a proteger a confidencialidade dos dados de autenticação”⁸⁴. A introdução da autenticação forte foi considerada como a mais importante inovação da DSP 2 em matéria de segurança e combate à fraude, associando-se o decréscimo dos números da fraude dos últimos anos a estas novas

⁸¹ Cfr., *infra*, n.º 11.

⁸² Ver, no mesmo sentido, o n.º 2 do artigo 74.º da DSP 2 e o n.º 2 do artigo 60 da PRSP.

⁸³ Cfr. o artigo 97.º, n.º 1, da DSP 2, o artigo 104.º, n.º 1, do RSP 2, e os artigos 4.º, n.º 1, e 5, n.º 1, do Regulamento Delegado (UE) 2018/389. Quanto à entrada em vigor dos requisitos de autenticação forte, ver o artigo 115.º, n.º 4, da DSP 2, e o artigo 38.º do Regulamento Delegado (UE) 2018/389. Não obstante, a EBA concedeu uma moratória quanto à implementação destas exigências de autenticação pelos prestadores serviços de pagamento até 31 de Dezembro de 2020, data até à qual vigorou uma “supervisão flexível” do cumprimento dos novos requisitos: EBA— EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority on the deadline for the migration to SCA for e-commerce card-based payment transactions*, EBA-Op-2019-11, 16 October 2019, n.ºs 13 ss., p. 3 ss., disponível em <Opinion on the deadline for the migration to SCA. pdf> (3.10.2023).

⁸⁴ Cfr. o artigo 4.º, n.º 30, da DSP 2 e, no mesmo sentido, o artigo 2.º, alínea *d*), do RSP 2. A definição é mantida no artigo 3.º, n.º 35, da PRSP.

exigências em matéria de verificação da identidade do utilizador dos serviços de pagamento⁸⁵.

O RSP 2, tal como a Directiva transposta, exigem autenticação forte do utilizador sempre que este “aceda em linha à sua conta de pagamento” ou “inicie uma operação de pagamento eletrónico”, para além dos casos, previstos de uma forma genérica, de realização de “uma ação, através de um canal remoto, que possa envolver um risco de fraude no pagamento ou de outros abusos”⁸⁶.

A estas hipóteses, a PRSP adicionou também a necessidade de autenticação forte para os casos em que o utilizador “aceda a informações sobre contas de pagamento”⁸⁷.

Em relação às operações de pagamento electrónico *remotas* — aquelas, definidas na DSP 2, como sendo iniciadas “através da Internet ou através de um dispositivo que possa ser utilizado para comunicação à distância”⁸⁸ — exige-se que a autenticação forte do cliente “inclua elementos que associem de forma dinâmica a operação a um montante específico e a um beneficiário específico”⁸⁹. Esta exigência de autenti-

⁸⁵ Neste sentido, cfr. o considerando 107 da PRSP e o que é dito no texto que introduz esta Proposta, p. 4, bem com a bibliografia indicada na nota 10.

⁸⁶ Ver o artigo 104.º, n.º 1, do RSP 2, e o artigo 97.º, n.º 1 da DSP 2.

⁸⁷ Cfr. a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 85.º da PRSP.

⁸⁸ Artigo 2.º, alínea *kk*), do RSP 2, e artigo 4.º, n.º 6, da DSP 2. A PRSP não define “operação de pagamento remota” mas sim “iniciação remota de uma operação de pagamento”, como “uma operação de pagamento para a qual é emitida uma ordem de pagamento através da Internet” (artigo 3.º, n.º 7), eliminando a referência a dispositivos que possam ser utilizados “para comunicação à distância” e que gerou dúvidas relativamente à inclusão de operações realizadas através de telefone, nomeadamente para efeitos de exigência de autenticação forte (ver, *infra*, n.º 9). Cfr. a menção que é feita no texto que antecede a PRSR aos objectivos de simplificação e delimitação mais clara da noção de “operações remotas”, que justificaram a nova redacção: PRSP, p. 8.

⁸⁹ Ver o artigo 104.º, n.º 1, do RSP 2, o artigo 97.º, n.º 1, da DSP 2 e o artigo 85.º, n.º 8, da PRSP. Ver também os requisitos previstos para os elementos de autenticação nos artigos 4.º e 5.º do Regulamento Delegado (UE) 2018/389. Esta autenticação dinâmica, que associa o pagamento a um montante e beneficiário específico, tem o *duplo propósito* de reforçar a segurança da operação e de lhe conferir transparência, permitindo ao ordenante conhecer a todo o momento os dados da operação: quando inicia a operação e durante a autenticação. Neste sentido, ver SIMONE MEZZACAPO, “PSD2, online and mobile payments: what transparency for the future of payments?”, in *L’attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e “open banking” / The Transposition of PSD2 and Open Banking*, a cura di/(Edd.) E. Bani, V. De Stasio, A. Sciarone Alibrandi,

cação forte *dinâmica, reforçada* ou *qualificada* — e o disposto para os casos em que o prestador do serviço de pagamento não a exige — veio, entre nós, dar uma resposta directa aos diferendos causados por um sem-número de operações não autorizadas levadas a cabo com cartões-matriz, pré-impessos com as coordenadas exigidas para a realização de pagamentos *online*, através da banca electrónica⁹⁰.

Note-se, por outro lado, que a PRSP vem clarificar no n.º 12 do seu artigo 85.º que os dois ou mais elementos de autenticação em que se baseia a autenticação forte do cliente “não têm necessariamente de pertencer a categorias diferentes, desde que a sua independência seja plenamente preservada”, contrariando os esclarecimentos que foram prestados pela EBA quanto à interpretação da Directiva e do Regulamento Delegado (UE) 2018/389⁹¹. Alguns entendiam que a exigência de elementos de duas categorias distintas travava a inovação e o desenvolvimento de novos elementos de autenticação mais fiáveis, que, apesar de pertencerem à mesma categoria, poderiam assegurar a sua independência de forma a cumprir a exigência do artigo 9.º do Regulamento Delegado (UE) 2018/389, no sentido de aplicarem medidas “que garantam que, em termos tecnológicos, algorítmicos e paramétricos, a violação de um dos elementos não compromete a fiabilidade dos restantes”⁹². O legislador europeu terá sido sensível a estas considerações na Proposta, ainda que não tenha justificado a sua posição.

Entende-se hoje, ainda assim, que a autenticação forte não basta para evitar operações fraudulentas, uma vez que a fraude se vai tornando

Bergamo, Sestante Edizioni, 2021, pp. 99, 101.

⁹⁰ Para uma análise da jurisprudência nacional que se debruçou sobre as operações não autorizadas de banca electrónica realizadas com recurso a um cartão-matriz, ainda com base no disposto no RSP 1, ver MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “O *phishing* de dados bancários e o *pharming* de contas. Análise jurisprudencial”, in *III Congresso de Direito Bancário*, L. Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), Coimbra, Livraria Almedina, 2018, pp. 405-432, e RAQUEL SOFIA RIBEIRO DE LIMA, “A *responsabilidade pela utilização abusiva on-line de instrumentos de pagamento electrónico na jurisprudência portuguesa*”, in *RED — Revista Electrónica de Direito*, n.º 3, Outubro, 2016, pp. 45-49, disponível em <https://cij.up.pt/client/files/0000000001/3_658.pdf> (3.10.2023)

⁹¹ EBA/Op/2022/06, n.º 331, p. 78; EBA, *Single Rulebook Q&A*, Topic “Strong customer authentication and common and secure communication (incl. access)”, question ID 2020_5619, in <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicid/2020_5619> (25.10.2023); e *Opinion of the European Banking Authority on the implementation of the RTS on SCA and CSC*, EBA-Op-2018-04, 13 June 2018, n.º 33, p. 7.

⁹² A favor da posição agora consagrada na PRSP, ver os argumentos expostos na pergunta

mais diversificada e, em algumas situações, mais sofisticada, havendo casos em que o terceiro consegue obter também as credenciais *dinâmicas* de autenticação do utilizador, nomeadamente com recurso à duplicação de cartões de telemóvel, à infecção do telemóvel do utilizador com *malware* ou através de técnicas de “engenharia social”⁹³.

Na PRSP, o legislador europeu quis repensar os elementos utilizados com vista à obtenção de uma autenticação forte e associar a esta o controlo da sua utilização pelos prestadores de serviços de pagamento. Nesta medida, a necessidade de o prestador de serviços de pagamento dispor de mecanismos de monitorização, prevista no artigo 83.º da PRSP, a que nos referimos já, contempla especificamente o *apoio à aplicação da autenticação forte do cliente*⁹⁴. Os mecanismos de controlo utilizados devem basear-se na análise de operações de pagamento anteriores e no acesso a contas de pagamento em linha — “tendo em conta elementos típicos do utilizador de serviços de pagamento nas circunstâncias de uma utilização normal das credenciais de segurança personalizadas, incluindo características ambientais e comportamentais, tais como as relacionadas com a localização do utilizador do serviço de pagamento, o momento da operação, o dispositivo utilizado, os hábitos de despesa e a loja em linha onde a compra é efetuada”⁹⁵ —, pressupondo uma actividade de definição do perfil do utilizador com base nos seus dados de pagamentos⁹⁶.

Afirma o legislador europeu no texto preambular que antecede a PRSP, de forma algo surpreendente, que a introdução desta disposição pre-

respondida pela EBA, *Single Rulebook Q&A*, cit., question ID 2020_5619.

⁹³ Como afirmou a Comissão Europeia em 2020, “a autenticação forte do cliente por si só poderá não ser suficiente para proteger totalmente os utilizadores de serviços de pagamento. Os prestadores de serviços de pagamento deverão estar sempre na vanguarda da deteção e prevenção de fraudes”: COM(2020) 592 final, p. 19. Os esquemas utilizados para obter os elementos de autenticação dinâmica do utilizador não são sequer uma novidade: veja-se, a título de exemplo, já com uns anos, os casos apreciados nos acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 7.10.2014 (Ana Lucinda Cabral), e do Tribunal da Relação de Évora, de 22.05.2014 (Mata Ribeiro).

⁹⁴ Cfr. o artigo 83.º, n.º 1, da PRSP, bem como texto que introduz a Proposta, p. 12. Ver, também, o considerando 100 da PRSP. Este controlo também permitirá ao prestador dos serviços de pagamento aplicar isenções de determinadas operações destes requisitos de autenticação, em função do risco envolvido.

⁹⁵ Cfr. o texto introdutório da PRSP, p. 12.

⁹⁶ Cfr. o o artigo 83.º, n.º 2, da PRSP, e o que dissemos *supra*, nota 70, sobre a necessidade de este tratamento de dados cumprir os princípios do RGPD.

vendo a necessidade de mecanismos de controlo que “apoiem a aplicação da autenticação forte do cliente” com base, entre outros aspectos, numa análise ambiental e comportamental do utilizador, “acrescenta clareza ao conceito de ‘inerência’”⁹⁷, levantando dúvidas sobre o alcance desta afirmação. Pode-se questionar, desde logo, se, em última instância, o legislador se quer referir à “inerência” como elemento de autenticação forte do utilizador, e à possibilidade de esta “inerência” ser verificada por métodos analíticos tendo em atenção os dados recolhidos na monitorização levada a cabo. Estaria aqui em causa não só a análise dos padrões de digitação (velocidade, pressão, ritmo e erros, por exemplo), os movimentos do “rato”, a altura a que é segurado o dispositivo móvel, tempos de permanência e cadência de alternância entre páginas *web*, mas também, entre outras possibilidades, o historial de consumos e pagamentos anteriores, dispositivos de acesso, localização, rede *wifi* utilizada, horários, analisados com recurso a inteligência artificial⁹⁸. Em suma, como foi colocada a questão pela EBA, importa saber se a *biometria comportamental* poderá ser considerada como um elemento de “inerência” para efeitos de autenticação forte e da verificação da identidade do utilizador do serviço de pagamentos, e que tipo de dados cabem nesta biometria comportamental.

Em resposta a esta questão, a EBA entendeu que um elemento de autenticação de “inerência” “é normalmente baseado na biometria (incluindo a biometria comportamental)”⁹⁹, o que “inclui dados biológicos e comportamentais, diz respeito às características físicas de partes do corpo, às características fisiológicas e aos processos comportamentais criados pelo corpo, bem como qualquer combinação destes elementos”¹⁰⁰. No entanto, considerou também que elementos compor-

⁹⁷ Cfr. o texto introdutório da PRSP, p. 12.

⁹⁸ A título de exemplo, veja-se a publicidade feita ao *software* NuDetect da empresa Nu-Data Security, adquirida pela Mastercard: <<https://www.mastercard.com/news/perspectives/2021/behavioral-biometrics-explained/>> (27.10.2023).

⁹⁹ EBA-Op-2018-04, n.º 34, p. 7 (tradução nossa).

¹⁰⁰ EBA — EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority on the elements of strong customer authentication under PSD2*, EBA-Op-2019-06, 21 June 2019, n.º 18, p. 4, disponível em <EBA Opinion on SCA elements under PSD2. pdf> (26.10.2023); EBA/Op/2022/06, n.º 325, p. 77; e EBA, *Single Rulebook Q&A*, Topic “Strong customer authentication and common and secure communication (incl. access)”, question ID 2020_5620, disponível in <https://www.eba.europa.eu/single-rulebook-qa/-/qna/view/publicid/2020_5620> (26.10.2023) (tradução nossa). No primeiro texto indicado, são referidos os seguintes exemplos de elementos pertencentes à categoria de “inerência”: digitalização da retina e da íris, digitalização das impressões digi-

tamentais, baseados em hábitos de consumo e numa análise ambiental – localização, horários, dispositivo utilizado, histórico de compras –, se bem que essenciais para efeitos de aumentar a segurança dos pagamentos, devendo ser monitorizados para os efeitos do artigo 2.º do Regulamento Delegado (UE) 2018/389 e tidos em conta para uma análise de risco nos termos do artigo 18.º do mesmo diploma, não podem ser considerados como um elemento de “inerência”¹⁰¹. Isto porque estes padrões de comportamento e ambientais não se relacionam com características físicas do utilizador, com o seu corpo, ou com comportamentos, hábitos ou posturas corporais¹⁰².

Um entendimento distinto parece, porém, retirar-se da leitura da PRSP, e da associação que aí se faz entre o elemento de autenticação forte “inerência” e a actividade de monitorização do comportamento do utilizador levada a cabo para efeitos de segurança, compreendendo “características ambientais e comportamentais, tais como as relacionadas com a localização do utilizador do serviço de pagamento, o momento da operação, o dispositivo utilizado, os hábitos de despesa e a loja em linha onde a compra é efetuada”¹⁰³. Estas características não são, porém, *inerentes* ao utilizador dos serviços de pagamento e a sua eficácia, como elementos de autenticação, exigirá um *profiling* rigoroso do utilizador, com recurso a um tratamento intensivo de uma grande quantidade de dados, que, em última instância, não podem ser anónimos. Ainda assim, dever-se-á distinguir aquilo que a pessoa é daquilo que é o seu perfil de consumo. Em qualquer dos casos, haverá que ter em atenção que a monitorização das condutas e actividades dos utilizadores configura um tratamento de dados, à luz do RGPD, cuja base de licitude é o consentimento do seu titular, para além da possi-

tais, reconhecimento das veias, geometria do rosto e da mão (identificação da forma do rosto/mão do utilizador), reconhecimento da voz, dinâmica das teclas (identificação de um utilizador pela forma como escreve e passa o dedo, por vezes referida como padrões de escrita e de passagem), o ângulo em que o utilizador segura o dispositivo e o ritmo cardíaco do utilizador: n.º 19 e tabela 1, p. 5.

¹⁰¹ EBA/Op/2022/06, n.º 326, p. 77.

¹⁰² *Idem, ibidem*.

¹⁰³ PRSP, p. 12.

bilidade de estarem em causa categorias especiais de dados, como os dados biométricos¹⁰⁴.

Num outro plano, uma questão a que a PRSP foi sensível, levantada pela exigência de autenticação forte, foi a do potencial de exclusão e, portanto, de discriminação, que estes requisitos de verificação da identidade do titular de um instrumento de pagamento e da legitimidade do seu uso comportam. Isto porque o acesso aos elementos de autenticação requeridos, sobretudo, para os pagamentos electrónicos à distância, nomeadamente em compras *online*, pode não ser fácil para todos os utilizadores, preocupando-se o legislador com “as pessoas com deficiência, os idosos, as pessoas com competências digitais limitadas e as pessoas que não têm acesso a canais digitais ou a um telemóvel inteligente”¹⁰⁵. Nessa medida, diz-se nos considerandos da Proposta que “os prestadores de serviços de pagamento devem assegurar que os seus clientes possam beneficiar de vários métodos de realização da autenticação forte do cliente adaptados às suas necessidades e situações. Estes métodos não devem depender de uma única tecnologia, dispositivo ou mecanismo, nem da posse de um telemóvel inteligente”¹⁰⁶. Estas duas ideias — de garantir a acessibilidade de meios de autenticação forte a todas as pessoas e não só àquelas digitalmente mais integradas, e de diversificação das tecnologias e dispositivos que permitem uma autenticação forte — foram consagradas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 88.º da PRSP.

A este propósito, já a Comissão Europeia, na sua *Comunicação sobre uma Estratégia para os pagamentos de pequeno montante na UE*, tinha assinalado que os factores de autenticação devem facilitar a conclusão de pagamentos em linha e não se basear, sempre que possível, em “elementos transmissíveis (como palavras-passe fixas), assim como tecnologias e canais de comunicação mais antigos propícios a ataques (como as mensagens curtas de texto [SMS])”¹⁰⁷.

Também foram incluídas na PRSP novas disposições em matéria de responsabilidade dos “prestadores de serviços técnicos” e dos “ope-

¹⁰⁴ Cfr. os artigos 4.º-7.º, 9.º, do RGPD.

¹⁰⁵ Cfr. o texto introdutório da PRSP, p. 13, bem como pp. 3, 6. No mesmo sentido, ver COM(2020) 592 final, p. 19.

¹⁰⁶ Cfr. o considerando 110 da PRSP.

¹⁰⁷ COM(2020) 592 final, pp. 18-19. Neste sentido, ver também as consultas realizadas pela Comissão Europeia aos *stakeholders*, conforme referido em EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE (EPRS), *Revision of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services*, cit., p. 6.

radores de sistemas de pagamento” sempre que estes não apoiem a autenticação forte do cliente, uma vez que, como se explica no documento, “a avaliação da DSP2 revelou a existência de problemas de aplicação desta autenticação relacionados com o papel desempenhado por essas partes interessadas na implantação da autenticação forte do cliente, o que contribuiu, inclusive, para o adiamento da sua aplicação de 2018 para 2020”¹⁰⁸. Os “prestadores de serviços técnicos” são definidos como prestadores “de serviços que apoiam a prestação de serviços de pagamento, sem que entre(m), em momento nenhum, na posse dos fundos a transferir” e os operadores de sistemas de pagamento como as entidades “juridicamente responsável[is] pelo funcionamento de um sistema de pagamento”¹⁰⁹. Estes actores — que podem prestar serviços ao beneficiário do pagamento, ou ao prestador de serviços de pagamento do beneficiário ou do ordenante do pagamento —, são responsáveis pelos prejuízos causados pela não prestação dos serviços necessários para permitir a aplicação da autenticação forte do cliente, podendo aqui caber serviços de disponibilização de tecnologias da informação e de redes de comunicações, bem como o fornecimento e a manutenção de terminais e dispositivos utilizados para serviços de pagamento¹¹⁰.

8. PAGAMENTOS *CONTACTLESS*, NOÇÃO DE “INSTRUMENTOS DE PAGAMENTO” E ISENÇÃO DE AUTENTICAÇÃO FORTE

O Regulamento Delegado (UE) 2018/389 prevê a possibilidade de os prestadores de serviços de pagamento aplicarem isenções de exigência dos requisitos de autenticação forte relativamente aos pagamentos sem contacto no ponto de venda (*contactless*) para operações até 50 euros, com um máximo acumulado de 150 euros ou de cinco operações¹¹¹. Estas isenções de autenticação forte visaram “permitir o de-

¹⁰⁸ Cfr. o texto introdutório da PRSP, p. 11. Sobre estes “serviços técnicos” e os requisitos que se lhes impõem, ver, também, os considerandos 16 e 17 da PRSP.

¹⁰⁹ Cfr. o artigo 3.º, n.ºs 36 e 10, respectivamente, da PRSP.

¹¹⁰ Cfr. o artigo 58.º da PRSP.

¹¹¹ Cfr. o artigo 11.º do Regulamento Delegado (UE) 2018/389. Esta possibilidade de serem regulamentadas isenções de autenticação forte para operações de baixo risco e de pequeno valor, em estreita colaboração com a EBA e o BCE — Banco Central Europeu, encontra-se prevista no artigo 98.º, n.º 1, alínea *b*), da DSP 2. Note-se que na sua *Comunicação sobre uma Estratégia para os pagamentos de pequeno montante na UE* a Comissão Europeia não considerou “apropriado, pelo menos nesta fase, aumentar os montantes legais

envolvimento de meios de pagamento acessíveis e de fácil utilização para pagamentos de baixo risco¹¹², objectivo que nos parece conseguido entre nós, tendo em consideração o aumento significativo destas operações, correspondentes, no ano de 2022, a quase metade dos pagamentos *cashless* diários, de acordo com os números divulgados pelo Banco de Portugal a que já nos referimos¹¹³.

A possibilidade de realização de pagamentos de baixo valor através de tecnologia de leitura por aproximação (NFC – *Near field communication*) ou *contactless*, sejam eles baseados num telemóvel, num relógio de pulso ou num cartão de plástico, constitui uma *funcionalidade* incorporada num instrumento de pagamento ou numa aplicação de pagamento, que o titular pode escolher utilizar ou não em cada operação, e não um novo instrumento de pagamento distinto do instrumento de pagamento em que está incorporada, nomeadamente um “instrumento de pagamento de baixo valor”¹¹⁴.

A posição contrária assumida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 2020 no acórdão *DenizBank AG*¹¹⁵ e as dúvidas suscitadas em consequência dessa posição sobre a possibilidade de se afastar,

máximos (por transação e acumulados) autorizados para pagamentos sem contacto que não disponham de um método de autenticação forte do cliente. Na ausência de autenticação forte do cliente, existe o risco de que o aumento dos pagamentos sem contacto seja acompanhado por um acréscimo paralelo do número de fraudes. O impacto de qualquer aumento dos limites teria de ser, por conseguinte, cuidadosamente avaliado antes de ser tomada qualquer decisão”: COM(2020) 592 final, p. 20.

¹¹² Cfr. o considerando 96 da DSP 2.

¹¹³ Cfr., *supra*, nota 7.

¹¹⁴ Tivemos já a oportunidade de defender esta posição em MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “Serviços de pagamento e instrumentos de pagamento: evoluções recentes”, *in Estudos de direito do consumo*, volume II, Rui Mascarenhas Ataíde, Francisco Rodrigues Rocha, Vítor Palmela Fidalgo (org.), Coimbra, Almedina, 2023, p. 742, e, com REINHARD STEENNOT, “Allocation of liability in case of payment fraud...”, cit., p. 40.

¹¹⁵ TJUE, Processo C-287/19, *DenizBank AG*, 11 de Novembro de 2020, ECLI:EU:C:2020:897, § 75: “a utilização da função NFC de um cartão bancário associado a uma conta bancária individual representa um conjunto de procedimentos não personalizados que deve ter sido acordado entre o utilizador e o prestador de serviços de pagamento e que são utilizados para iniciar uma ordem de pagamento, pelo que esta função constitui um ‘instrumento de pagamento’, na aceção do artigo 4.º, ponto 14, segunda hipótese, da Diretiva 2015/2366”.

para as operações *contactless*, o disposto no artigo n.º 2 do artigo 74.º da DSP 2 — correspondente ao n.º 5 do artigo 115.º do RSP 2 —, foram contrariadas pelo legislador europeu na PRSP. Em concreto, o que resultava do entendimento do TJUE quanto à funcionalidade *contactless* constituir, em si, um “instrumento de pagamento de baixo valor” era a possibilidade de se lhe aplicar as derrogações do regime previstas no artigo 63.º, n.º 1, da DSP 2 — e no artigo 102.º, n.º 1, do RSP 2 — mas *já não* a de se afastar o disposto em matéria de imputação das perdas ao prestador do serviço por operações de pagamento não autorizadas levadas a cabo sem autenticação forte, excluída dos normativos mencionados. Ainda assim, as considerações tecidas por este Tribunal, de que “à luz das regras fixadas [pelo artigo 63.º, n.º 1, alínea b), da DSP 2] se deve considerar que um cliente que escolheu beneficiar de um instrumento de pagamento simplificado e sem necessidade de identificação para os pagamentos de baixo valor, como a função NFC, aceitou ficar eventualmente exposto aos efeitos das limitações convencionais da responsabilidade do prestador que são permitidas ao abrigo desta disposição”, vieram introduzir alguma perturbação, apesar de o texto e o espírito da Directiva não darem abertura a uma interpretação no sentido da “limitação convencional da responsabilidade do prestador”¹¹⁶.

O que se esclarece no n.º 2 do artigo 60.º da PRSP é que a regra de acordo com a qual, nos casos em que o prestador de serviços de pagamento não exige autenticação forte do cliente, o cliente só suporta eventuais perdas se tiver actuado fraudulentamente, “se aplica caso o prestador de serviços de pagamento do ordenante ou do beneficiário aplique uma isenção da aplicação da autenticação forte do cliente”. A solução que já resultava do disposto na DSP 2, porque as operações de pagamento sem contacto não eram excepcionadas do regime geral do artigo 74.º, n.º 2, da DSP 2, encontra-se agora expressamente prevista na Proposta, dissipando eventuais dúvidas¹¹⁷.

Acresce que no considerando 22 da PRSP se vem dizer que a tecnologia “NFC deve (...) ser entendida como uma funcionalidade de um instru-

¹¹⁶ TJUE, *DenizBank AG*, cit., § 91. Para uma apreciação crítica da posição adoptada pelo TJUE neste caso, ver, com mais desenvolvimento, MARIA RAQUEL GUIMARÃES / REINHARD STEENNOT, “Allocation of liability in case of payment fraud...”, cit., pp. 37-40, e MARIA RAQUEL GUIMARÃES, “Serviços de pagamento e instrumentos de pagamento: evoluções recentes”, cit., pp. 742-743.

¹¹⁷ O legislador europeu seguiu neste ponto a posição que, entretanto, foi assumida pela EBA no documento onde se debruçou sobre a revisão da DSP 2, sendo certo que já anteriormente, em 2018, a mesma entidade se havia pronunciado em sentido idêntico: EBA/Op/2022/06, n.º 36, p. 14, e EBA — EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Single*

mento de pagamento e não como um instrumento de pagamento enquanto tal”, contrariando abertamente a posição defendida pelo TJUE no caso *DenizBank* e seguindo o enquadramento da questão que havia sido feito anteriormente pela EBA¹¹⁸.

O legislador europeu aproveitou também esta ocasião gerada pela necessidade de enquadramento da funcionalidade *contactless* para propor uma alteração à noção de “instrumento de pagamento”, para além de acrescentar que esta “deve ser especificada mais pormenorizadamente através de alguns exemplos que ilustrem o que constitui ou não um instrumento de pagamento”¹¹⁹. A alteração proposta deverá substituir na noção de “instrumento de pagamento” a referência a um “dispositivo *personalizado*” por “dispositivo *individualizado*”, de modo a dar cobertura a cartões pré-pagos em que o nome do seu titular não se encontra impresso no cartão e que, por isso, não seriam “personalizados”¹²⁰. Assim, as diferentes versões da Proposta passaram a referir-se aos instrumentos de pagamento como, nomeadamente, um “individualised device”, “individualisierte Instrument”, ou “dispositifs individualisés”, “dispositivi individualizzati”, e, na versão espanhola, “dispositivos individualizados”. Porém, a versão portuguesa, certamente por lapso, manteve inalterada a referência a “dispositivos personalizados” na definição, apesar de anunciar a sua alteração no considerando 23¹²¹.

Note-se, por outro lado, que na noção de “instrumento de pagamento” prevista na DSP 2 — tal como acontecia na DSP 1 e se mantém na PRSP — cabem não só os instrumentos personalizados/individualizados mas também o “conjunto de procedimentos, acordados entre o utilizador do serviço de pagamento e o prestador do serviço de pagamento, utilizados para iniciar uma ordem de pagamento”, o qual, na redacção portuguesa destes diplomas, tal como acontece em outras versões em

Rulebook Q&A, Topic “Strong customer authentication and common and secure communication (incl. access)”, question ID 2018_4042: *in* <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2018_4042> (25.10.2023). No mesmo sentido teve a oportunidade de se pronunciar igualmente o BANCO DE PORTUGAL, *Relatório dos Sistemas de Pagamentos — 2019*, cit., p. 41.

¹¹⁸ EBA/Op/2022/06, n.º 36, p. 14.

¹¹⁹ Assim, ver considerandos 21 e 23 da PRSP.

¹²⁰ Cfr. o considerando 23 da PRSP.

¹²¹ Cfr. o artigo 3.º, n.º 18, da versão portuguesa da PRSP, e o artigo 4.º, n.º 14 da DSP 2.

distintas línguas, não tem que ser “personalizado/individualizado”¹²². Nesta medida, estes “conjuntos de procedimentos” personalizados ou não, abrangem, de acordo com a interpretação do TJUE, ainda que à luz da DSP 1, no caso *T-Mobile Austria*, “o procedimento de emissão de uma ordem de transferência mediante um formulário de transferência com a assinatura manuscrita do ordenante” e “o procedimento de emissão de uma ordem de transferência *online*”¹²³. Ainda assim, estes procedimentos implicam mecanismos de autenticação, que no segundo caso se caracterizam mesmo por recorrer, como assinalámos, a elementos de autenticação forte — sempre que a ordem seja dada, por exemplo, através de uma aplicação de banca electrónica — e que são, portanto, personalizados, não obstante no caso das assinaturas manuscritas essa autenticação passar apenas por uma comparação das assinaturas da ordem de pagamento e da assinatura depositada pelo ordenante no banco. Idêntica caracterização podemos fazer em relação às ordens

¹²² Sobre estas diferenças de redacção, reportando-se à DSP 1, ver as considerações do TJUE, no Processo C-616/11, *T-Mobile Austria*, 9 de Abril de 2014, ECLI:EU:C:2014:242, § 31: “em todas as versões linguísticas o epíteto ‘personalizado’ caracteriza o sintagma ‘qualquer dispositivo’. Contudo, na versão francesa (‘tout dispositif personnalisé et/ou ensemble de procédures’), que coincide nomeadamente com as versões espanhola, italiana, húngara, portuguesa e romena, o epíteto ‘personalizado’ não caracteriza o sintagma ‘conjunto de procedimentos’. Contrariamente, na versão alemã (‘jedes personalisierte Instrument und/oder jeden personalisierten Verfahrensablauf’), o epíteto ‘personalizado’ caracteriza o sintagma ‘conjunto de procedimentos’. A versão inglesa [‘any personalised device(s) and/or set of procedures’], que coincide nomeadamente com as versões dinamarquesa, grega, neerlandesa, finlandesa e sueca, é passível de duas leituras”. O sumário deste acórdão está disponível no *JO* C 175, de 10.6.2014, pp. 4-5.

¹²³ TJUE, *T-Mobile Austria*, cit., §§ 37-44. Para uma apreciação crítica deste acórdão, ver Sebastian Omlor, “Zahlungsauftrag, Zahlungsinstrument, Zahlungsauthentifizierungsinstrument und personalisiertes Sicherheitsmerkmal – eine begriffliche Quadratur des Kreises? Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 9.4.2014, Rs. C-616/11 – T-Mobile Austria”, in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, Volume 11, Issue 5, p. 282 ss. No sentido de que a noção de instrumento de pagamento abrange também os códigos e *passwords* necessários à realização de operações de pagamento através da internet ou do telefone, ver GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3. *Contratti, Titoli di credito, Procedure concorsuali*, *sesta edizione*, a cura di Mario Campobasso, Milano, Utet, 2022, p. 167, ou FRANCISCO MENDES CORREIA, “Operações não autorizadas e o Regime jurídico dos serviços de pagamento e da moeda electrónica”, cit., p. 358.

de pagamento dadas através do telefone, por via postal, ou através de *email*¹²⁴.

9. OUTRAS ISENÇÕES DE AUTENTICAÇÃO FORTE: ORDENS DE PAGAMENTO EM SUPORTE DE PAPEL, ORDENS POSTAIS E ORDENS TELEFÓNICAS, DÉBITOS DIRECTOS E OPERAÇÕES DE PAGAMENTO INICIADAS POR COMERCIANTES

A autenticação necessária à realização de operações de pagamento “relativamente às quais o ordenante emite ordens de pagamento em modalidades diferentes da utilização de plataformas ou dispositivos eletrónicos, tais como ordens de pagamento em suporte papel, ordens postais ou ordens telefónicas”, não tem que ser uma autenticação forte do cliente, como se esclarece agora no artigo 85.º, n.º 7, da PRSP, “independentemente de a execução da operação ser ou não efetuada por via eletrónica”, e “desde que os requisitos e os controlos de segurança sejam efetuados pelo prestador de serviços de pagamento do ordenante e permitam uma forma de autenticação da operação de pagamento”¹²⁵.

A DSP 2 não tratou da questão de uma forma expressa, levantando-se dúvidas quanto à exigência de autenticação forte nestas operações,

¹²⁴ Estaria, assim, em causa um “instrumento de pagamento” traduzido no envio por *email* de uma “ordem de pagamento” elaborada em papel e digitalizada, no pedido de decisão prejudicial apresentado no TJUE em 21 de Julho de 2021, Processo C-448/21, *Banco BPI*, retirado a 16 de Dezembro de 2022, disponível em <<https://curia.europa.eu/>> (3.10.2023). Sobre esta mesma factualidade, e, em concreto, sobre a admissibilidade do reenvio prejudicial neste caso, ver o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.07.2021 (Carlos Gil). Na medida em que estas ordens de pagamento remetidas através de correio eletrónico estão abrangidas, entre nós, pelo o âmbito de aplicação do RSP 2 (e, antes, do RSP 1), não podemos acompanhar o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22.06.2021 (Luís Cravo) quando afirmou, num caso de transferências a crédito fraudulentas através de *email*, que “não assiste (...) qualquer razão ao Banco ora R./recorrente quanto ao que invoca à luz do regime de pagamento e da moeda eletrónica, publicado no Anexo I do Decreto-Lei nº 317/2009, de 30 de outubro (revogado pelo Decreto-Lei nº 91/2018, de 12 de novembro), por ser ele atinente ao ‘regime de pagamento e da moeda eletrónica’, que não é o caso que nos ocupa”, e acabou por aplicar as regras do Código Civil.

¹²⁵ Esclarece-se no texto introdutório da PRSP, p. 12, que estão aqui em causa ordens de pagamento em que “apenas a iniciação de uma operação de pagamento tem de ser não digital”, podendo a sua execução já ser levada a cabo por meios eletrónicos, para efeitos da não aplicação dos requisitos da autenticação forte. Ver, também, no mesmo sentido o considerando 108. Esta especificação visa responder à recomendação da EBA, EBA/Op/2022/06, n.ºs 320-322, p. 75, no sentido de dever ser clarificado se tanto o iní-

ainda que nos seus considerandos se diga que não é necessário “garantir o mesmo nível de proteção para operações de pagamento iniciadas e executadas segundo modalidades que não sejam a utilização de plataformas ou dispositivos eletrónicos, tais como operações de pagamento em suporte papel, ordens por correio ou por telefone”¹²⁶. A fórmula ampla adoptada em termos de exigência de autenticação forte para “operações de pagamento electrónico” permite mesmo questionar se apenas os pagamentos em numerário ficam excluídos destes requisitos, tendo tido a EBA a oportunidade de prestar alguns esclarecimentos a este propósito ao longo dos anos¹²⁷.

Da leitura do artigo 85.º da Proposta fica patente que a intervenção do legislador europeu nesta matéria, na PRSP, visou introduzir alguma clareza no que toca a operações de pagamento incluídas e excluídas dos requisitos de autenticação forte, integrando as posições da EBA. Alerta a PRSP, no entanto, para a possibilidade de os requisitos de autenticação forte serem abusivamente contornados por via das isenções e para a necessidade de se estabelecerem normas de segurança e con-

cio como a execução de uma operação de pagamento devem ser “não electrónicos” ou apenas a iniciação da operação de pagamento, a fim de ser abrangida por uma exclusão da aplicação da autenticação forte.

¹²⁶ Assim, ver SWD(2023) 231 final, pp. 10-11, e EBA/Op/2022/06, n.ºs 30, 320-322, pp. 8, 75. Cfr. o considerando 95 da DSP 2.

¹²⁷ Cfr. EBA, *Single Rulebook Q&A*, cit., questions ID 2018_4058, 2019_4788 e 2019_4790, *in* <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2018_4058>, <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2019_4788>, e <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2019_4790> (25.10.2023). Nestes esclarecimentos prestados pela EBA estavam em causa, respectivamente, sistemas de *Interactive Voice Response* (IVR), sem intervenção do beneficiário, que foram equiparados a pagamentos via telefone; reservas de terceiros (como agências de viagens) em hotéis, em que os dados dos cartões são fornecidos como depósito, garantia para *no-show*, despesas pós-*check-out*; e a indicação dos dados de um cartão de pagamento pelo titular através do telefone ou de *email* ao beneficiário, que os insere manualmente num terminal de pagamento (nomeadamente em reservas de hotel), considerando a EBA que apenas estas últimas, enquanto operações de pagamento *iniciadas pelo ordenante através do beneficiário*, estavam sujeitas à aplicação do artigo 97.º, n.º 1, da DSP 2, mas já não, nomeadamente, as segundas, que seriam operações de pagamento com cartão *iniciadas apenas pelo beneficiário*.

trols pelo prestador de serviços de pagamento para assegurar a autenticação da ordem de pagamento¹²⁸.

Ficam também sujeitas à isenção da aplicação dos requisitos de autenticação forte do cliente as ordens de pagamento emitidas pelo beneficiário com base numa autorização (“mandato”) conferida previamente pelo ordenante — *débitos directos* — mas sem qualquer interacção ou intervenção deste¹²⁹. Estão já sujeitos a autenticação forte do cliente “os casos em que é conferido um mandato através de um canal remoto com a participação direta de um prestador de serviços de pagamento”, através do serviço de *homebanking*, por exemplo, conforme resulta dos n.ºs 2 e 6 do artigo 85.º da PRSP¹³⁰.

Em relação às operações de pagamento *iniciadas* por comerciantes, em consequência de um “mandato” que lhes é conferido através de um

¹²⁸ Texto introdutório da PRSP, pp. 12-13, e considerando 108.

¹²⁹ Texto introdutório da PRSP, pp. 12-13, e o seu artigo 85.º, n.º 2. A definição de “débito directo” surge no artigo 3.º, n.º 27, da PRSP, alterada relativamente à definição do artigo 4.º, n.º 23, da DSP 2, referindo-se agora que “a operação de pagamento [é] iniciada pelo beneficiário com base *num mandato* conferido pelo ordenante ao beneficiário, ao prestador de serviços de pagamento do beneficiário ou ao prestador de serviços de pagamento do próprio ordenante”, onde na Directiva se diz que a operação é “iniciada pelo beneficiário com base *no consentimento* dado pelo ordenante” (itálicos nossos). A PRSP define “mandato” como “a expressão da autorização dada pelo ordenante ao beneficiário e (direta ou indiretamente, por intermédio do beneficiário) ao prestador do serviço de pagamento do ordenante para permitir ao beneficiário iniciar uma operação de pagamento destinada a debitar a conta de pagamento do ordenante especificada e para permitir ao prestador do serviço de pagamento do ordenante executar essas instruções”, seguindo o disposto no artigo 2.º, n.º 21, do Regulamento (UE) n.º 260/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Março de 2012, que estabelece requisitos técnicos e de negócio para as transferências a crédito e os débitos directos em euros e que altera o Regulamento (CE) n.º 924/2009, *in JO* L 94 de 30.3.2012, pp. 22-37. Sobre este “mandato”, no sentido de que configura uma “autorização”/“consentimento” — “também dita impropriamente ‘mandato’” — para emitir uma ordem de pagamento sobre a conta de outrem, e não é “juridicamente, um contrato de mandato”, porque “dele não resulta para o credor uma obrigação de praticar actos jurídicos”, cfr. FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, “Débitos directos: breves notas”, *in Estudos de direito bancário I*, A. Menezes Cordeiro, J. da Costa Gomes, M. Brito Bastos, A. Alves Leal (coords.), Coimbra, Almedina, 2018, p. 397, e “Débitos directos. Aspectos de regime de protecção do consumidor”, *in Estudos de direito do consumo*, volume II, Rui Mascarenhas Ataíde, Francisco Rodrigues Rocha, Vítor Palmela Fidalgo (org.), Coimbra, Almedina, 2023, pp. 778, 782. Para mais desenvolvimentos sobre o enquadramento jurídico dos débitos directos, ver FRANCISCO MENDES CORREIA, *Moeda bancária e cumprimento*, cit., p. 772 ss.

¹³⁰ Texto introdutório da PRSP, pp. 12-13. Mantém-se na PRSP a previsão de que as ordens

instrumento de pagamento, como um cartão, esclarece-se que estas se reconduzem a “operações iniciadas pelo beneficiário”, que não exigem autenticação forte, sempre que é realizado um pagamento em virtude, por exemplo, de um fornecimento sucessivo de bens ou serviços, como telecomunicações, serviços digitais, publicações periódicas¹³¹. Nos casos em que este “mandato” seja “conferido através de um canal remoto com a intervenção do prestador de serviços de pagamento”, nomeadamente *online* ou através de uma aplicação móvel, a instituição deste “mandato” para as operações sucessivas está sujeita a uma autenticação forte do cliente¹³². Assim, no momento em que os dados do cartão são fornecidos ao beneficiário para este poder dar início a operações de pagamento, exigir-se-á a autenticação do titular, através de dois elementos de autenticação.

O legislador europeu quis na Proposta esclarecer os requisitos de autenticação impostos a estas operações de pagamento *iniciadas pelo beneficiário do pagamento* — débitos directos e operações de pagamento iniciadas por comerciantes —, “alinhando” a protecção conferida ao utilizador nos dois casos, distinguindo-as daquelas ainda *iniciadas pelo ordenante*, se bem que *através do beneficiário*, nomeadamente através

de débito directo podem ser revogadas até ao final do dia útil anterior ao dia acordado para o débito dos fundos, sem prejuízo do direito de reembolso do utilizador do serviço: Cfr. os artigos 121.º, n.º 3, do RSP 2, 80.º, n.º 3, da DSP 2, e 66.º, n.º 3, da PRSP. Sobre o reembolso incondicional dos débitos directos, ver o artigo 117.º, n.º 6, do RSP 2, o artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 260/2012, bem como o que é dito no considerando 76 da DSP 2. Para mais desenvolvimentos sobre o tema, e também sobre a autenticação forte para a emissão da autorização de débito directo, à luz do RSP 2, como forma de reforçar a segurança das operações, ver FRANCISCO RODRIGUES ROCHA, “Débitos directos. Aspectos de regime de protecção do consumidor”, cit., p. 781, 802-805.

¹³¹ Cfr. o artigo 85.º, n.º 3, da PRSP. A necessidade de esclarecer os requisitos de autenticação impostos a estas operações de pagamento foi apontada pela EBA: EBA/REP/2023/12, n.º 30, p. 7. Esta hipótese é distinta dos chamados “*card-on-file payments*”, em que os dados do instrumento de pagamento do ordenante ficaram gravados no *site* do comerciante para serem utilizados em futuras operações. Aqui, o ordenante terá que carregar na opção do pagamento e escolher o instrumento de pagamento já gravado, dando ele próprio início ao pagamento: estaremos, assim, perante uma operação de pagamento *iniciada pelo ordenante através do beneficiário*, e não um pagamento *iniciado apenas pelo beneficiário*, pelo que se aplicam aqui os requisitos de autenticação forte do ordenante: EBA, *Single Rulebook Q&A*, cit., question ID 2018_4031, *in fine*, in <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2018_4031> (25.10.2023).

¹³² Cfr. o artigo 85.º, n.ºs 3 e 5, e o considerando 108 da PRSP. Este normativo vem ao encontro dos comentários da EBA, EBA/Op/2022/06, n.º 323, p. 76.

de um terminal de pagamento instalado no estabelecimento do comerciante, ou *online*, no site deste¹³³.

Estas operações iniciadas pelo beneficiário estavam já implicitamente excluídas dos requisitos de autenticação forte na DSP 2, na medida em que o n.º 1 do artigo 97.º apenas se refere a três operações realizadas *pelo ordenante*, sem mencionar quaisquer operações *iniciadas pelo beneficiário do pagamento*¹³⁴, não obstante a Directiva reconhecer a sua existência no artigo 75.º. Por outro lado, relativamente às operações pelas quais o ordenante dá o seu consentimento ao beneficiário para dar início a operações através de cartão ou de débito directo, não sendo operações de pagamento, na medida em que configurem acções “através de um canal remoto, que possa(m) envolver um risco de fraude no pagamento ou outros abusos”, sempre estarão sujeitas à autenticação forte do utilizador, de acordo com a alínea c) do n.º 1 do artigo 97.º da DSP 2 e com a alínea c) do n.º 1 do artigo 104.º do RSP 2¹³⁵.

No sentido de precisar o que constitui ou não um instrumento de pagamento, acrescenta-se ainda, nos considerandos da Proposta, que as *wallets* ou “carteiras digitais”, que incluem cartões criptografados, não constituem, em si, “instrumentos de pagamento” mas são “serviços técnicos” e, mais especificamente, “aplicações de pagamento”, no sentido previsto no artigo 2.º, n.º 21, do Regulamento 2015/751 do Parlamento Europeu e do Conselho, ou seja, consistem num “programa informático ou equivalente carregado num dispositivo que permite iniciar operações de pagamento baseadas em cartões e a emissão de ordens de pagamento pelo ordenante”¹³⁶. Assim, a *aplicação* de pagamento “carteira

¹³³ Sobre este propósito de “alinhar” os dois regimes das operações de pagamento *iniciadas pelo beneficiário do pagamento*, também no que respeita ao direito de reembolso, ver o texto que antecede o articulado da PRSP, p. 10, e a posição no mesmo sentido da EBA, *Single Rulebook Q&A*, cit., question ID 2018_4031. Para uma distinção das operações de pagamento *iniciadas pelo beneficiário do pagamento* daquelas *iniciadas pelo ordenante através do beneficiário*, ver, mais uma vez, EBA, *Single Rulebook Q&A*, cit., question ID 2018_4031.

¹³⁴ Assim, SWD(2023) 231 final, p. 10.

¹³⁵ EBA, *Single Rulebook Q&A*, cit., question ID 2018_4031. Já não será assim se estas “acções” não forem levadas a cabo através de um canal remoto, como parece ter acontecido no caso apreciado pelo TJUE, *Mediterranean Shipping Company (Portugal)*, cit., §§ 19 ss.

¹³⁶ Cfr. o considerando 24 da PRSP e o artigo 2.º, n.º 21, do Regulamento (UE) 2015/751 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2015, relativo às taxas de intercâmbio aplicáveis a operações de pagamento baseadas em cartões, *in JO L 123*

digital” permite guardar um cartão de pagamento, que é um *instrumento* de pagamento. O processo de criação ou de substituição *online* de mecanismos de autenticação destes cartões de pagamento virtual inscritos em carteiras digitais, com recurso ao prestador de serviços de pagamento, requer a autenticação forte do titular¹³⁷. Como decorre do artigo 87.º da PRSP, estes operadores de *wallets* digitais devem celebrar *acordos de externalização* com os prestadores de serviços de pagamento dos ordenantes, para que estes possam continuar a auditar as operações e lhes possam exigir a verificação da autenticação forte do titular, na medida em que são estes prestadores de serviços que serão responsáveis pela não aplicação da autenticação forte pelas carteiras virtuais, acordos a serem regulamentados, entretanto, pela EBA¹³⁸.

10. OPERAÇÕES FRAUDULENTAS (AUTORIZADAS) QUE NÃO SÃO EVITADAS COM A AUTENTICAÇÃO FORTE: A USURPAÇÃO DE IDENTIDADE DO PRESTADOR DE SERVIÇOS DE PAGAMENTO; FRAUDE VIA WHATSAPP, EMAIL, MB WAY

Como já fomos assinalando, a exigência de elementos de autenticação forte do utilizador de serviços de pagamento não é suficiente para evitar a realização de operações fraudulentas. À medida em que se vão desenvolvendo instrumentos de pagamento mais seguros e se incrementa a fiabilidade dos mecanismos de autenticação, os esquemas fraudulentos vão sendo dirigidos para a manipulação das pessoas, no sentido de realizarem determinadas acções ou divulgarem informações confidenciais, através de técnicas que têm sido designadas como de “engenharia social”.

Um dos esquemas que cabem nesta “engenharia social” é a usurpação de identidade do prestador de serviços de pagamento. A PRSP chama a atenção para o facto de estes novos tipos de fraude de usurpação de identidade estarem a esbater a diferença que parecia clara, num primeiro momento, entre operações *autorizadas* e *não autorizadas*¹³⁹. Dependendo das circunstâncias de cada caso, que aqui é fundamental aferir, poderá não ser fácil perceber se o utilizador do serviço consentiu ou não na realização do pagamento, tendo os terceiros interferido

de 19.5.2015, p. 1 ss.

¹³⁷ Cfr. o considerando 118 da PRSP.

¹³⁸ Cfr. o artigo 89.º, n.º 1, alínea *d*), e o considerando 119 da PRSP.

¹³⁹ Cfr. o considerando 79 da PRSP.

nos processos de consentimento e de autenticação forte do utilizador¹⁴⁰. Nesta medida, entendeu-se na PRSP que o reembolso do utilizador não pode ficar limitado aos casos de operações não autorizadas, como acontece na DSP 2, devendo abranger também casos de pagamento autorizados pelo utilizador. Procurou-se, no entanto, alcançar um equilíbrio na distribuição dos prejuízos, de modo a não fazer recair sobre o prestador de serviços de pagamento o risco de todas as operações fraudulentas, autorizadas ou não pelo cliente — o que seria “desproporcionado e financeiramente muito oneroso para os prestadores de serviços de pagamento” —, e também a não provocar uma “redução da vigilância do cliente”¹⁴¹.

O que resulta da Proposta é que o utilizador-consumidor terá direito a reembolso sempre que o terceiro se tenha feito passar *por um empregado do prestador dos serviços de pagamento*, utilizando abusivamente o nome, o endereço de correio ou o seu número de telefone¹⁴². Só não será assim se o próprio utilizador-consumidor actuou fraudulentamente ou com negligência grave ou se não comunicou, “sem demora”, a fraude às autoridades policiais e ao seu prestador de serviços de pagamento¹⁴³. A prova de um comportamento fraudulento ou gravemente negligente do consumidor cabe ao prestador dos serviços de pagamento, conforme foi já assinalado¹⁴⁴. Acrescenta-se ainda a obrigação de os prestadores de serviços de comunicações electrónicas cooperarem

¹⁴⁰ *Idem, ibidem.*

¹⁴¹ *Idem, ibidem.*

¹⁴² Cfr. o artigo 59.º, n.º 1, da PRSP, bem como a p. 11 do seu texto preambular. Estas situações de usurpação de identidade do banco são frequentes: veja-se, a título de exemplo, os casos que estiveram na base dos recentes acórdãos do Tribunal da Relação de Évora de 14.09.2023 (Maria João Sousa e Faro), em que o cliente foi informado pelo telefone de que estava a ser vítima de fraude pelo que teria que transmitir os códigos que recebera no seu telemóvel para evitar a transferência fraudulenta; e do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.02.2023 (Carlos Oliveira), em que o cliente recebeu um *email* alegadamente do seu banco, e de 13.07.2023 (Gabriela de Fátima Marques), em que o cliente foi contactado via *SMS*.

¹⁴³ Cfr. o artigo 59.º, n.º 1, e n.º 3, da PRSP.

¹⁴⁴ Cfr. o artigo 59.º, n.º 4, da PRSP.

com os prestadores de serviços de pagamento, com vista a prevenir a ocorrência de tais fraudes¹⁴⁵.

Esta usurpação da identidade de um empregado do prestador de serviços de pagamento, que, ganhando a confiança do cliente, alerta para uma quebra de segurança, para uma conta a descoberto, ou para a necessidade de actualizar as credenciais de acesso, “guiando-o” num determinado procedimento urgente e obtendo os seus dados de acesso e códigos dinâmicos necessários para completar as operações, é, no entanto, apenas uma das muito frequentes usurpações de identidade verificadas. Estas operações fraudulentas podem ocorrer através de plataformas como o *Whatsapp*, SMS, mensagens de voz, redes sociais, recebendo a vítima uma mensagem de alguém que seria seu conhecido, eventualmente alegando estar a enviar a mensagem de um outro telemóvel, pedindo para realizar uma transferência, indicando, por exemplo, aquele número de telefone para o efeito, sendo, nesses casos, a transferência efectuada através de uma aplicação móvel como o *MB Way*.

Poderá também estar em causa uma falsa venda de um bem, num *market place*, sendo o comprador levado à instalação de uma aplicação de pagamento com as credenciais de acesso fornecidas pelo terceiro, ou até, em casos em que é o utilizador a vender um bem, sendo levado a fazer um pagamento em vez de receber um pagamento, ou fornecendo ao falso comprador acesso à sua conta, como reportado em fraudes com a aplicação *MB Way*¹⁴⁶.

Haverá que verificar, em qualquer dos casos, se estamos perante operações autorizadas — que, em princípio, não estarão cobertas pelas normas protectoras do utilizador — ou não autorizadas pelo utilizador do instrumento de pagamento, sendo que, como já assinalámos, neste tipo de fraude a diferença entre esses dois tipos de operações tende a dissipar-se. Cabe, como dissemos, ao prestador dos serviços de pagamento provar esta autorização por parte do seu cliente, como resulta das regras relativas ao ónus da prova previstas na DSP 2 e no diploma

¹⁴⁵ Cfr. o artigo 59.º, n.º 5, da PRSP.

¹⁴⁶ Ver a factualidade descrita no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10.01.2023 (Rui Moreira). Para mais desenvolvimentos sobre este tipo de operações fraudulentas, ver o que escrevemos em “*Mb way*, ‘engenharia social’ e operações fraudulentas”, in *Nova Consumer Blog*, 31.05.2021, <<https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/mb-way-engenharia-social-e-operacoes-fraudulentas>> (3.10.2023).

nacional e como, agora, se diz expressamente no n.º 1 do artigo 55.º da PRSP¹⁴⁷.

11. CONTINUAÇÃO: FRAUDE COM FACTURAS E FRAUDE DE IBAN

A fraude com facturas caracteriza-se por uma intervenção de um terceiro numa operação de pagamento legítima de uma factura de modo a redireccionar o pagamento para uma conta controlada por si. Isto pode acontecer através de técnicas de “engenharia social”, quando o terceiro consegue convencer o ordenante de que o número da conta do beneficiário foi alterado, ou através da modificação da factura ou emissão de uma factura falsa. Normalmente, estes esquemas implicam a intromissão na conta de *email* do beneficiário do pagamento e o envio de um *email* com os novos dados de pagamento, emitindo o ordenante, *voluntariamente*, uma ordem de pagamento a favor do terceiro, assim gerando um pagamento por si *autorizado*¹⁴⁸.

Nestes casos, o ordenante emite ele próprio a ordem de pagamento, por exemplo através de uma transferência a crédito, levando a cabo o procedimento acordado para o efeito, eventualmente mediante autenticação forte, na medida em que o pagamento seja feito através da internet.

Mas pode também acontecer que se verifique a intromissão no *email* do ordenante e a emissão de uma ordem de pagamento através do seu *email* a favor de um terceiro sem a sua intervenção¹⁴⁹. Diferentemente do que acontece nas hipóteses anteriores, em que as operações de pagamento controvertidas são desencadeadas pelo próprio titular da

¹⁴⁷ Cfr., *supra*, nota 78.

¹⁴⁸ SWD(2023) 231 final, cit., pp. 40-41. Assim aconteceu nos casos que estiveram na base do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.09.2023 (Vera Antunes), do acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 7.06.2023 (José Alberto Martins Moreira Dias) e do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.02.2023 (Catarina Serra).

¹⁴⁹ Assim terá acontecido nos casos que suscitaram os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.04.2022 (Luís Correia de Mendonça), e do Tribunal da Relação de Coimbra de 22.06.2021 (Luís Cravo). Neste último caso entendeu o tribunal que em face dos valores em causa (superiores ao saldo disponível), da redacção dos *emails*, dos beneficiários desconhecidos indicados e da conta que deveria ser debitada (que não era a conta à ordem habitual), o banco incumpriu os seus deveres de diligência que lhe imporiam confirmar junto do cliente as transferências a crédito antes da sua realização, para além de não ter conseguido provar a ordem de transferência do cliente, pelo que deveria suportar as perdas resultantes das transferências.

conta debitada, aqui o utilizador do serviço de pagamento não tem qualquer intervenção no pagamento. A sua posição nestas transferências a crédito não é muito distinta da do utilizador de um serviço de *home banking* cujo acesso foi comprometido e através do qual foram realizados pagamentos não autorizados. Também nestes casos em que o *email* é objecto de uma intromissão, as operações de pagamento são levadas a cabo apesar da ausência de um comportamento declarativo do utilizador, não obstante exista uma *aparência* de um comportamento seu. O que é exactamente o que acontece em todas as operações de pagamento não autorizadas: os pagamentos são realizados abusivamente por terceiros através de serviços / instrumentos de pagamento de que não são titulares.

Estamos no domínio da aplicação do artigo 113.º, n.º 3, do RSP 2 (e do artigo 72.º, n.º 2, da DSP 2): negando o utilizador ter autorizado a operação de pagamento, “a utilização do instrumento de pagamento registada pelo prestador de serviços de pagamento (...) não é necessariamente suficiente, por si só, para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante, que este último agiu de forma fraudulenta, ou que não cumpriu, com dolo ou negligência grosseira, uma ou mais obrigações previstas no artigo 110.º”. Em conformidade, já foi defendido pelos nossos tribunais que “o facto de as ordens serem provenientes de endereço de correio eletrónico autorizado e validado não é suficiente para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante, que este tenha agido de forma fraudulenta, ou que não cumpriu as obrigações a que estava obrigado”¹⁵⁰. Terá que ser o prestador de serviços de pagamento a provar a existência de fraude, de dolo ou de negligência grosseira do seu cliente.

Nos casos em que esteja em causa uma alteração do “identificador único” (IBAN) do beneficiário do pagamento, estaremos perante uma “fraude de IBAN”¹⁵¹, sendo certo que estas operações podem corres-

¹⁵⁰ Cfr. o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.04.2022 (Luís Correia de Mendonça).

¹⁵¹ O “identificador único” é definido no artigo 4.º, n.º 33, da DSP 2 como “uma combinação de letras, números ou símbolos, especificada ao utilizador de serviços de pagamento pelo prestador de serviços de pagamento, fornecida pelo utilizador de serviços de pagamento para identificar inequivocamente outro utilizador de serviços de pagamento e/ou a respetiva conta de pagamento tendo em vista uma operação de pagamento”. Cfr., no mesmo sentido, a alínea *z*) do artigo 2.º do RSP 2, e o n.º 39 do artigo 3.º da PRSP. De acordo com o considerando 104 da PRSP, “para efeitos de intercâmbio de dados pessoais com outros prestadores de serviços de pagamento sujeitos a acordos de partilha de informações, entende-se por ‘identificador único’ o ‘IBAN’ na aceção do artigo 2.º, ponto 15, do Regulamento (UE) n.º 260/2012”. Para exemplo de fraudes de

ponder a operações de pagamento *autorizadas*, mas também a pagamentos *não autorizados*¹⁵².

O que a DSP 2 prevê relativamente às operações de pagamento em que o “identificador único” fornecido pelo utilizador de serviços de pagamento esteja incorreto é que o prestador de serviços de pagamento não é responsável, considerando-se que a operação de pagamento “foi executada corretamente no que diz respeito ao beneficiário especificado no identificador único”¹⁵³.

Ainda assim, nos termos do considerando 88 da DSP 2, os Estados-Membros não estavam impedidos “de exigirem que o prestador do serviço de pagamento do ordenante exerça a diligência devida e verifique, se tal for tecnicamente possível e não exigir uma intervenção

IBAN, em que uma transferência a crédito é realizada sem que haja correspondência entre o IBAN e o nome do beneficiário, ver os acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.09.2023 (Vera Antunes), do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.02.2023 (Catarina Serra), e da Relação de Coimbra, de 12 de Julho de 2022 (Henrique Antunes).

¹⁵² No caso *Mediterranean Shipping Company (Portugal)*, cit., §§ 19 ss., a conta do cliente do banco foi debitada através de sucessivos débitos directos autorizados pelo próprio terceiro (beneficiário do pagamento fraudulento) com a indicação não do seu IBAN mas do IBAN da *Mediterranean Shipping Company*, verificando-se uma discrepância entre o IBAN indicado na autorização de débito directo e o número da conta do emitente da autorização. As operações em causa eram operações não autorizadas pela *Mediterranean Shipping Company*, na execução das quais esta não colaborou.

¹⁵³ Cfr. o artigo 88.º, n.º 1 e n.º 2, da DSP 2, e o artigo 129.º, n.º 1 e n.º 2, do RSP 2. Sobre o tema, entre outros, ver GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., p. 169. Ver, também, o acórdão do TJUE, Processo C-245/18, *Tecnoservice Int.*, 21 de Março de 2019, ECLI:EU:C:2019:242, §§ 25-30, no sentido de que esta isenção de responsabilidade do prestador de serviços de pagamento abrange não só o prestador de serviços de pagamento *do ordenante* mas também *do beneficiário*, ainda que reportando-se ao artigo 74.º, n.º 2, da DSP 1, disposição paralela ao actual artigo 88.º, n.º 2, da DSP 2. Entre nós, ver o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Julho de 2022 (Henrique Antunes), onde se afirma que “não são exigíveis às instituições bancárias intervenientes na transferência de fundos, outros deveres de diligência de cuidado que não os referidos à verificação da coerência intrínseca do identificador único indicado pelo ordenador, não lhes sendo exigível designadamente que procedam à verificação manual da regularidade da ordem de pagamento, único modo de detectar a discrepância entre a identidade do detentor da conta de destino e a do beneficiário da transferência, resultante do identificador único” (sumário III), absolvendo o banco do beneficiário. Em sentido próximo, ver também o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.02.2023 (Catarina Serra), sem distinguir, porém, a posição do banco do ordenante e a do banco do beneficiário do pagamento.

manual, a coerência do identificador único e, se este se revelar incoerente, recuse a ordem de pagamento e informe do facto o ordenante”.

A PRSP mantém o princípio de acordo com o qual se uma ordem de pagamento for executada em conformidade com o “identificador único” esta se considera correctamente executada, impondo-se, apenas, ao prestador dos serviços de pagamento do ordenante que leve a cabo “esforços razoáveis” para recuperar os fundos transferidos indevidamente para terceiros, devendo contar com a colaboração do prestador de serviços de pagamento do beneficiário, no sentido de comunicar todas as informações relevantes para a cobrança dos fundos¹⁵⁴.

Mas acrescenta a PRSP que o prestador de serviços de pagamentos do beneficiário é obrigado a prestar, mediante pedido, um serviço “que verifique se o identificador único do beneficiário corresponde ao nome do beneficiário indicado pelo ordenante e que notifique o [prestador de serviços de pagamentos] do ordenante de qualquer discrepância detetada. Caso não correspondam, o [prestador de serviços de pagamentos] do ordenante deve notificá-lo dessa discrepância e do respectivo nível detetado”¹⁵⁵. Diz-se ainda que “[a] notificação deve ser efetuada antes de o ordenante finalizar a ordem de pagamento e antes de o [prestador de serviços de pagamentos] executar a transferência a crédito. Em todos os casos, o utilizador continua a ser livre de decidir apresentar ou não a ordem de pagamento para uma transferência a crédito”¹⁵⁶.

Este regime surge no artigo 50.º da PRSP. Consagram-se, deste modo, novos deveres que recaem sobre os prestadores de serviços de paga-

¹⁵⁴ Artigo 74.º, n.ºs 1-3, da PRSP.

¹⁵⁵ Cfr. o texto que precede o articulado da PRSP, p. 10. Literalmente, diz-se na proposta que o “PSP do beneficiário é obrigado a prestar *ao seu utilizador de serviços de pagamento*” este serviço de verificação, quando, na realidade, este serviço é prestado ao prestador de serviços de pagamento do ordenante, a seu pedido, como resulta do artigo 50.º, n.º 1, da PRSP. A mesma redacção pode ser encontrada nas versões inglesa e francesa da Proposta. Na versão espanhola da Proposta já se diz que o “PSP del beneficiario debe proporcionar *al usuario de servicios de pago*” o serviço de verificação e não ao “seu” utilizador de serviços de pagamento, tal como se verifica na versão italiana: “è tenuto a fornire *all’utente di servizi di pagamento*” (itálicos nossos).

¹⁵⁶ Cfr. o texto que precede o articulado da PRSP, p. 11. O legislador europeu foi neste ponto mais longe do que o sugerido pela EBA, que, na sua análise, avaliou os perigos associados às transferências a crédito e às eventuais discrepâncias entre o IBAN e o nome do beneficiário, possivelmente geradas por métodos de “engenharia social”, mas considerou que poderia ser “desproporcionado e impraticável introduzir requisitos ge-

mento do beneficiário e do ordenante do pagamento, de verificação “no prazo máximo de alguns segundos” da correspondência entre o IBAN e o nome do beneficiário, e de comunicação do resultado da verificação, a pedido do ordenante e de forma gratuita, sempre que este seja um consumidor¹⁵⁷. Em caso de discrepância detectada pelo prestador de serviços de pagamento do beneficiário comunicada ao prestador de serviços de pagamento do ordenante, este último deve comunicar ao ordenante não só a existência de uma falta de coincidência, mas também o grau dessa não coincidência e a possibilidade de ela “resultar na transferência de fundos para uma conta de pagamento cujo titular não é o beneficiário indicado pelo ordenante”¹⁵⁸. Esta referência ao grau da discrepância verificada entre o nome e o IBAN do beneficiário aparece justificada no considerando 72 da Proposta:

“Alguns atributos do nome do beneficiário para cuja conta o ordenante pretende efetuar uma transferência a crédito podem aumentar a probabilidade de deteção de uma discrepância pelo prestador do serviço de pagamento, incluindo a existência de diacríticos ou de eventuais transliterações diferentes de nomes

rais em relação à correspondência entre o nome do beneficiário do pagamento e o IBAN do beneficiário do pagamento”, sugerindo, para mitigar a situação, que o prestador de serviços de pagamento informasse o ordenante de que a verificação de concordância não é levada a cabo e quais as consequências da transferência ser realizada para um IBAN errado: EBA/Op/2022/06, n.º 269, pp. 62-63. Idêntica solução foi defendida no âmbito da consulta aos *stakeholders*: EUROPEAN COMMISSION, *A study on the application and impact of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services (PSD2)*, cit., p. 126. A verificação da coincidência entre o nome do beneficiário e o seu “identificador único” foi, porém, defendida na doutrina como uma medida com vista a prevenir a fraude: assim, MARIA RAQUEL GUIMARÃES / REINHARD STEENNOT, “Allocation of liability in case of payment fraud...”, cit., pp. 12-13, 44, ainda que para transferências a crédito acima de um determinado valor.

¹⁵⁷ Cfr. os considerandos 70, 75 e 93, da PRSP. Note-se, porém, que no caso *Mediterranean Shipping Company (Portugal)*, cit., a discrepância que esteve na base da fraude não foi relativa ao IBAN de um beneficiário do pagamento ordenado pelo utilizador-vítima mas sim ao IBAN de quem autorizou um débito directo, na medida em que estavam em causa débitos directos autorizados sobre a conta do utilizador-vítima e não sobre a conta daquele que os autorizou (ver nota 152). Nesta medida, não se aplicaria aqui o dever de verificação do IBAN do “beneficiário”.

¹⁵⁸ Cfr. o n.º 1 do artigo 50.º da PRSP, *in fine*, e o n.º 5 do mesmo normativo. A mesma informação de que a não coincidência entre o nome do beneficiário e o seu “identificador único” pode resultar numa transferência a crédito para um terceiro diferente do beneficiário pretendido deve também ser prestada quando o ordenante opta por não receber o serviço de verificação descrito. Cfr., também, o considerando 73 da PRSP.

em alfabetos diferentes, diferenças entre nomes habitualmente utilizados e os indicados nos documentos de identificação oficiais, no caso de pessoas singulares, ou diferenças entre designações comerciais e denominações legais, no caso de pessoas coletivas. A fim de evitar fricções indevidas no processamento de transferências a crédito e facilitar a decisão do ordenante quanto à prossecução da transação pretendida, os prestadores de serviços de pagamento devem indicar o nível dessa discrepância, indicando na notificação que não existe correspondência ou que há uma correspondência aproximada¹⁵⁹.

Esclarece-se, ainda, que este serviço deve ser prestado sempre que estejam em causa ordens de pagamento “emitidas através de canais de iniciação de pagamentos eletrónicos e através de ordens de pagamento não eletrónicas que envolvam uma interação em tempo real entre o ordenante e o prestador de serviços de pagamento do ordenante”¹⁶⁰.

A consequência do incumprimento do dever de notificar a existência de discrepâncias entre o nome do beneficiário e o “identificador único” fornecido pelo ordenante e do funcionamento deficiente do serviço de detecção de discrepâncias será a responsabilidade do prestador de serviços de pagamento do ordenante pelo montante total da transferência a crédito, sem prejuízo do seu direito de regresso contra o prestador de serviços de pagamento do beneficiário, se a este forem imputáveis¹⁶¹. Assim, o prestador de serviços de pagamento do ordenante terá que reembolsar o ordenante no prazo de dez dias úteis dos valores indevidamente transferidos, a menos que prove a actuação fraudulenta do ordenante ou sempre que este tenha optado por não beneficiar do serviço de detecção de discrepâncias¹⁶².

Note-se que, de acordo com os dados fornecidos pelo Banco de Portugal relativos ao ano de 2022, a que já nos referimos, a fraude nas trans-

¹⁵⁹ Estas discrepâncias que facilmente podem surgir entre o nome fornecido pelo ordenante e o nome efetivo do beneficiário, até resultantes da utilização de línguas diferentes, bem como os casos frequentes em que o ordenante tem conhecimento apenas do nome comercial do beneficiário, levaram a EBA a não recomendar a exigência da identificação do beneficiário das transferências a crédito mediante o seu nome conjuntamente com o IBAN: EBA/Op/2022/06, n.º 267, p. 62.

¹⁶⁰ Artigo 50.º, n.º 6, PRSP.

¹⁶¹ Cfr. o artigo 57.º, n.º 1, e o considerando 78 da PRSP.

¹⁶² Cfr. os n.ºs 2, 4 e 5 do artigo 57.º da PRSP.

ferências a crédito foi aquela que atingiu um valor médio mais alto por ocorrência (4059 euros), ainda que com um número diminuto de casos face às operações com cartões de pagamento (apenas cinco operações fraudulentas em cada milhão de operações)¹⁶³. Estes números refletem também a realidade europeia, sendo a verificação obrigatória da correspondência entre o nome do beneficiário e o IBAN introduzida como um mecanismo que poderá ser eficaz na prevenção de fraudes, atendendo, inclusive, à experiência já levada a cabo em alguns países¹⁶⁴.

12. SÍNTESE CONCLUSIVA

O que resulta da breve análise realizada é que o legislador europeu manteve na PRSP o *sistema interno* do regime dos serviços de pagamento previsto na DSP 2, apesar da nova apresentação das matérias resultante, por um lado, da consolidação dos serviços de moeda electrónica e dos serviços de pagamento, já adoptada entre nós, e, por outro lado, da cisão das normas de direito público e de direito privado relativas aos mesmos serviços de pagamento e serviços de moeda electrónica, que passam a estar vertidas em dois diplomas distintos.

A opção pela inclusão da disciplina jurídico-privada da relação de prestação de serviços de pagamento num regulamento surge como uma novidade, denotando um certo “cansaço” do legislador europeu face às variações e aos incumprimentos na transposição das sucessivas directivas que têm regulado a matéria e, eventualmente, motivada também pela tentação a que os tribunais nacionais facilmente cedem de aplicar as regras gerais das suas leis civis em vez do direito especial dos serviços de pagamento, já harmonizado por uma directiva “de máximos” como é a DSP 2.

Apesar de se manterem os quadros essenciais do regime da DSP 2 em matéria de distribuição das perdas resultantes de operações não autorizadas, reembolso e ónus da prova, a Proposta de Regulamento apresentada em 2023 vem introduzir alguns esclarecimentos e acentuar certos traços do regime vigente, nomeadamente no que respeita à

¹⁶³ Cfr., *supra*, nota 12.

¹⁶⁴ SWD(2023) 231 final, pp. 9-10; COM(2020) 592 final, p. 19. Sobre a experiência belga, cfr. MARIA RAQUEL GUIMARÃES / REINHARD STEENNOT, “Allocation of liability in case of payment fraud...”, cit., p. 13.

protecção do utilizador-consumidor, nos casos de usurpação da identidade de um empregado do prestador de serviços de pagamento.

Ainda em relação às regras de distribuição das perdas pelas partes, houve a preocupação de as actualizar em face de novos cenários de fraude que dão origem a operações autorizadas pelo utilizador, como nos casos de fraude de IBAN, impondo-se um dever de verificação gratuita de discrepâncias deste “identificador único” face ao nome do beneficiário, a pedido do ordenante. O incumprimento deste dever passa a interferir com a regra da irresponsabilidade do prestador de serviços de pagamento pela execução de ordens de pagamento em benefício de um terceiro em consequência de um erro na indicação do IBAN ou de uma intromissão fraudulenta nas instruções do ordenante.

São clarificados alguns conceitos, como é o caso do de “instrumento de pagamento”, em função da jurisprudência europeia que, nuns casos, é incorporada e, noutros, abertamente rejeitada — como acontece com o acórdão *DenizBank* e a funcionalidade *contactless* de um instrumento de pagamento. Fica também expressamente previsto que nas situações de isenção de autenticação forte — nomeadamente nos pagamentos *contactless* — o utilizador só suportará prejuízos de operações fraudulentas se actuar de forma fraudulenta.

Esclarece-se ainda em que situações é ou não exigida a autenticação forte do cliente, tendo em atenção os casos dos pagamentos realizados “em suporte papel, ordens postais ou ordens telefónicas”, e das operações iniciadas pelo beneficiário — débitos directos e pagamentos iniciados pelo comerciante —, para além de se precisar que os dois elementos necessários à autenticação forte do cliente não têm, necessariamente, que pertencer a duas categorias distintas, entre “conhecimento”, “posse” e “inerência”, na medida em que “a sua independência seja plenamente preservada”.

Veremos em que medida a categoria “inerência” poderá ser preenchida com elementos apurados através de técnicas de *profiling* e de biometria comportamental, mediante o tratamento analítico de grandes quantidades de dados dos utilizadores de serviços com recurso a inteligência artificial, com todo o potencial de violação de direitos à privacidade e à protecção de dados que estas técnicas compreendem, contrariando a posição assumida pela EBA a este respeito.

A recolha e tratamento de dados comportamentais dos utilizadores é, porém, inevitável e até obrigatória nos termos da Proposta, na medida em que se impõe aos prestadores de serviços de pagamento a activação de mecanismos de controlo das operações (e de apoio à aplicação da autenticação forte) baseados “no valor acrescentado decorrente das

características ambientais e comportamentais relacionadas com os hábitos de pagamento do utilizador”, como se explica no seu considerando 101, com vista à prevenção da fraude. Do tratamento dos dados até à sua utilização para aferir o elemento “inerência” de autenticação é só mais um passo...

Resta aguardar pelo resultado final desta nova intervenção do legislador europeu e pela fixação dos textos propostos, esperando que as dificuldades decorrentes das diferentes traduções sejam superadas e que este novo quadro legal possa vir a ter um papel determinante na modelação dos comportamentos dos intervenientes e obviar a algumas das questões que a prática tem levantado.

BIBLIOGRAFIA CITADA

Antunes, José Engrácia, “E-money”, in *RED — Revista Electrónica de Direito*, vol. 25, n.º 2, 2021, pp. 5-36, disponível em <https://cij.up.pt/client/files/0000000001/2-jose-engracia-antunes_1736.pdf> (3.10.2023)

Banco de Portugal, *Relatório dos Sistemas de Pagamentos — 2019*, Lisboa, BdP, 2020, in <https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/rsp2019_0.pdf> (10.10.2023)

Banco de Portugal, *Relatório dos Sistemas de Pagamentos — 2022*, Lisboa, BdP, 2023, disponível em <<https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/rsp2022.pdf>> (10.10.2023)

Barbosa, Mafalda Miranda, “Serviços de pagamentos, repartição do risco e responsabilidade civil – algumas reflexões a propósito da nova diretiva dos serviços de pagamentos (DSP2)”, in *Revista de Direito Comercial* (2017), n.º 1, p. 669, 2017-11-22, <<https://www.revistadedireitocomercial.com>> (18.10.2023)

Campobasso, Gian Franco, *Diritto commerciale*, 3. *Contratti, Titoli di credito, Procedure concorsuali*, sesta edizione, a cura di Mario Campobasso, Milano, Utet, 2022

Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre uma Estratégia em matéria de Financiamento Digital para a UE*, COM(2020) 591 final, Bruxelas, 24.9.2020

Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre uma Estratégia para os pagamentos de pequeno montante na UE*, COM(2020) 592 final, Bruxelas, 24.9.2020

Correia, Francisco Mendes, “Os novos serviços de iniciação de pagamentos: algumas notas sobre a responsabilidade civil”, *in Estudos de direito do consumo*, volume II, Rui Mascarenhas Ataíde, Francisco Rodrigues Rocha, Vítor Palmela Fidalgo (org.), Coimbra, Almedina, 2023, pp. 755-771

Correia, Francisco Mendes, “Operações não autorizadas e o Regime jurídico dos serviços de pagamento e da moeda eletrónica”, *in Estudos de direito bancário I*, A. Menezes Cordeiro, J. da Costa Gomes, M. Brito Bastos, A. Alves Leal (coords.), Coimbra, Almedina, 2018, pp. 353-381

Correia, Francisco Mendes, “Uma revolução permanente? A DSP 2 e o novo direito dos serviços de pagamento”, *in III Congresso de Direito Bancário*, L. Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), Coimbra, Livraria Almedina, 2018, pp. 385-404

Correia, Francisco Mendes, *Moeda bancária e cumprimento, O cumprimento das obrigações pecuniárias através de serviços de pagamento*, Coimbra, Almedina, 2017

Donnelly, Mary, “Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II”, *in Computer Law & Security Review*, n.º 32, 2016, pp. 827-839

Duarte, Patrícia Alexandra Paiva, “Os serviços de iniciação de pagamento no novo RSP”, *in RED — Revista Electrónica de Direito*, vol. 25, n.º 2, Junho, 2021, pp. 37-83, disponível em <https://cij.up.pt/client/files/0000000001/3-patricia-duarte_1737.pdf> (3.10.2023)

EBA — European Banking Authority, *EBA Consumer Trends Report 2022/23*, EBA/REP/2023/12, Paris, 24 April 2023, p. 23, disponível em <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Reports/2023/1054879/Consumer%20Trends%20Report%202022-2023.pdf> (10.10.2023)

EBA — European Banking Authority, *Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2)*, EBA/Op/2022/06, 23 June 2022, disponível em <EBA's response to the Call for advice on the review of PSD2.pdf> (11.10.2023)

EBA— European Banking Authority, *Opinion of the European Banking Authority on the deadline for the migration to SCA for e-commerce card- based payment transactions*, EBA-Op-2019-11, 16 October 2019, disponível em <Opinion on the deadline for the migration to SCA.pdf> (3.10.2023)

EBA — European Banking Authority, *Opinion of the European Banking Authority on the elements of strong customer authentication under PSD2*, EBA-Op-2019-06, 21 June 2019, disponível em <EBA Opinion on SCA elements under PSD2.pdf> (26.10.2023)

EBA — European Banking Authority, *Opinion of the European Banking Authority on the implementation of the RTS on SCA and CSC*, EBA-Op-2018-04, 13 June 2018, disponível em <Opinion on the implementation of the RTS on SCA and CSC (EBA-2018-Op-04).pdf> (26.10.2023)

EBA — European Banking Authority, *Single Rulebook Q&A*, Topic “Strong customer authentication and common and secure communication (incl. access)”, questions ID 2018_4031; 2018_4042; 2018_4058; 2019_4788; 2019_4790, 2020_5619 e 2020_5620, *in* <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicid/2018_4031>; <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicid/2018_4042>, <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicid/2018_4058>; <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicid/2019_4788>; <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicid/2019_4790>; <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicid/2020_5619>; e <https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicid/2020_5620> (25.10.2023)

European Commission, *Commission staff working document, Impact assessment report, accompanying the documents Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Regulation (EU) No 1093/2010 and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on payment services and electronic money services in the Internal Market amending Directive 98/26/EC and repealing Directives 2015/2366/EU and 2009/110/EC*, SWD(2023) 231 final, Brussels, 28.6.2023

European Commission, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, I. Bosch Chen; D. Fina; P. Hausemer, et al., *A study on the application and impact of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services (PSD2), Annexes*, FISMA/2021/OP/0002, Publications Office of the European Union, 2023, disponível em <<https://data.europa.eu/doi/10.2874/547869>> (11.10.2023)

European Commission, Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and Capital Markets Union, I. Bosch Chen; D. Fina; P. Hausemer, et al., *A study on the application and impact of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services (PSD2)*, FISMA/2021/OP/0002, Publications Office of the European Union, 2023, disponível em <<https://data.europa.eu/doi/10.2874/996945>> (11.10.2023)

European Parliament Research Service (EPRS), Eckhard Binder, Leonie Reicheneder, *Revision of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services, Briefing*, Implementation Appraisal, Ex-Post Evaluation Unit, PE 747.447 – July 2023, disponível em <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747447/EPRS_BRI\(2023\)747447_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747447/EPRS_BRI(2023)747447_EN.pdf)> (11.10.2023)

European Payments Council, *2022 Payment Threats and Fraud Trends Report*, EPC183-22/Version 1.0 / 23 November 2022, disponível *in* <EPC183-22 v1.0 2022 Payments Threats and Fraud Trends Report.pdf> (27.10.2023)

Floridi, Luciano (Ed.), *The Onlife Manifesto, Being human in a hyperconnected era*,

Heidelberg/New York/Dordrecht/London, Springer, 2014, disponível em <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-04093-6_2> (3.10.2023)

Gomes, M. Januário da Costa, *Contratos Comerciais*, Coimbra, Livraria Almedina, 2012

Guerra, Patrícia, "A realização de operações de pagamento não autorizadas e a tutela do utilizador de serviços de pagamento em face do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica", *in RED — Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, Junho, 2016, disponível em <https://cij.up.pt/client/files/000000001/2_648.pdf> (3.10.2023)

Guimarães, Maria Raquel, "A responsabilidade por operações fraudulentas no comércio electrónico", *in Direito e Informação que responsabilidade(s)?*, Ricardo Perlingeiro/Fernanda Ribeiro/Luísa Neto (orgs.), Rio de Janeiro, Editora da UFF, 2013, pp. 259-274, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2358667> (29.10.2023)

Guimarães, Maria Raquel, "Mb way, 'engenharia social' e operações fraudulentas", *in Nova Consumer Blog*, 31.05.2021, <<https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/mb-way-engenharia-social-e-operacoes-fraudulentas>> (3.10.2023)

Guimarães, Maria Raquel, "O phishing de dados bancários e o pharming de contas. Análise jurisprudencial", *in III Congresso de Direito Bancário*, L. Miguel Pestana de Vasconcelos (coord.), Coimbra, Livraria Almedina, 2018, pp. 405-432

Guimarães, Maria Raquel, "Pagamentos electrónicos não autorizados e fraudulentos", *in Cibercriminalidade: novos desafios, ofensas e soluções*, Inês Sousa Guedes e Marcus Alan de Melo Gomes (Eds.), Lisboa, Pactor – Edições de Ciências Sociais, Forenses e da Educação, 2021, pp. 227-240

Guimarães, Maria Raquel, "Serviços de pagamento e instrumentos de pagamento: evoluções recentes", *in Estudos de direito do consumo*, volume II, Rui Mascarenhas Ataíde, Francisco Rodrigues Rocha, Vítor Palmela Fidalgo (org.), Coimbra, Almedina, 2023, pp. 737-753

Guimarães, Maria Raquel, "The debit and credit card framework contract and its influence on European legislative initiatives", *in InDret Comparado, Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2012, disponível em <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/892_en.pdf> (3.10.2023)

Guimarães, Maria Raquel, "The transposition of PSD2: Decree-Law 91/2018 of 12 November, the Portuguese experience and what may (or may not) change", *in L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking" / The Transposition of PSD2 and Open Banking*, a cura di/(Edd.) E. Bani, V. De Stasio, A. Sciarrone Alibrandi, Bergamo, Sestante Edizioni, 2021, pp. 141-166

Guimarães, Maria Raquel; Steennot, Reinhard, “Allocation of liability in case of payment fraud: who bears the risk of innovation? A comparison of Belgian and Portuguese law in the context of PSD2”, *in European Review of Private Law*, Volume 30, Issue 1, 2022, pp. 29-72

Lima, Raquel Sofia Ribeiro de, “A responsabilidade pela utilização abusiva on-line de instrumentos de pagamento eletrónico na jurisprudência portuguesa”, *in RED — Revista Electrónica de Direito*, n.º 3, Outubro, 2016, disponível em <https://cij.up.pt/client/files/000000001/3_658.pdf> (3.10.2023)

Linardatos, Dimitrios, “The transposition of the PSD 2: the role of EBA and of the national legislator in Germany”, *in L’attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e “open banking” / The Transposition of PSD2 and Open Banking*, a cura di/(Edd.) E. Bani, V. De Stasio, A. Sciarrone Alibrandi, Bergamo, Sestante Edizioni, 2021, pp. 121-139

Mezzacapo, Simone, “PSD2, online and mobile payments: what transparency for the future of payments?”, *in L’attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e “open banking” / The Transposition of PSD2 and Open Banking*, a cura di/(Edd.) E. Bani, V. De Stasio, A. Sciarrone Alibrandi, Bergamo, Sestante Edizioni, 2021, pp. 69-108

Omlor, Sebastian, “Zahlungsauftrag, Zahlungsinstrument, Zahlungsaufforderungsinstrument und personalisiertes Sicherheitsmerkmal – eine begriffliche Quadratur des Kreises? Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 9.4.2014, Rs. C-616/11 – T-Mobile Austria”, *in Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, Volume 11, Issue 5, pp. 282-284, disponível em <<https://doi.org/10.1515/gpr-2014-0510>> (3.10.2023)

Rocha, Francisco Rodrigues, “Débitos directos. Aspectos de regime de protecção do consumidor”, *in Estudos de direito do consumo*, volume II, Rui Mascarenhas Ataíde, Francisco Rodrigues Rocha, Vítor Palmela Fidalgo (org.), Coimbra, Almedina, 2023, pp. 773-805

Rocha, Francisco Rodrigues, “Débitos directos: breves notas”, *in Estudos de direito bancário I*, A. Menezes Cordeiro, J. da Costa Gomes, M. Brito Bastos, A. Alves Leal (coords.), Coimbra, Almedina, 2018, pp. 383-418

Steennot, Reinhard, “Liability for unauthorized payment transactions: the transposition of PSD2 in Belgium”, *in L’attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e “open banking” / The Transposition of PSD2 and Open Banking*, a cura di/(Edd.) E. Bani, V. De Stasio, A. Sciarrone Alibrandi, Bergamo, Sestante Edizioni, 2021, pp. 167-188

Steennot, Reinhard, “Reduced payer’s liability for unauthorized payment transactions under second Payment Services Directive (PSD2)”, *in Computer Law & Security Review*, n.º 34, 2018, pp. 954-964

Vasconcelos, Miguel Pestana de, "A responsabilidade do banco por operações de pagamento não autorizadas no *online banking*, decorrente do novo regime de serviços de pagamento (RSP II)", *in Julgar*, n.º 42, 2020, pp. 191-208

Yang, Maximilian, "Card Payments and Consumer Protection in Germany", *in Anglo-German Law Journal*, 2, 2016, pp. 6-38

Jurisprudência nacional

[disponível em <<http://dgsi.pt>> (11.10.2023)]

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.09.2023 (Vera Antunes)

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 14.09.2023 (Maria João Sousa e Faro)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.07.2023 (Gabriela de Fátima Marques)

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 7.06.2023 (José Alberto Martins Moreira Dias)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa em 30.05.2023 (Alexandra Castro Rocha)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16.05.2023 (Rodrigues Pires)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18.04.2023 (João Ramos Lopes)

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.02.2023 (Catarina Serra)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.02.2023 (Carlos Oliveira)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.01.2023 (Micaela Sousa)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23.01.2023 (Joaquim Moura)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10.01.2023 (Rui Moreira)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27.06.2022 (Mendes Coelho)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.04.2022 (Luís Correia de Mendonça)

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12.07.2021 (Carlos Gil)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22.06.2021 (Luís Cravo)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10.12.2020 (Emídio Santos)

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24.09.2020 (Manuel Bargado)

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10.07.2019 (Margarida Sousa)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4.06.2019 (Alexandra Pelayo)
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31.01.2019 (Helder Almeida)
Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15.01.2019 (Moreira do Carmo)
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10.05.2018 (Vaz Gomes)
Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15.03.2016 (Rijo Ferreira)
Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 17.12.2014 (Fernando Fernandes Freitas)
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7.10.2014 (Ana Lucinda Cabral)
Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22.05.2014 (Mata Ribeiro)

Jurisprudência europeia

[disponível em <<https://curia.europa.eu/>> (11.10.2023)]

TJUE, Processo C-351/21, *Beobank SA*, 16 de Março de 2023, ECLI:EU:C:2023:215

TJUE, Processo C-337/2048-51, *CRCAM*, 2 de Setembro de 2021, ECLI:EU:C:2021:671

TJUE Processo C-448/21, *Banco BPI* (O presidente da Quinta Secção do Tribunal de Justiça ordenou o cancelamento do processo no registo do Tribunal a 16.12.2022)

TJUE, Processo C-287/19, *DenizBank AG*, 11 de Novembro de 2020, ECLI:EU:C:2020:897

TJUE, Processo C-295/18, *Mediterranean Shipping Company (Portugal)*, 11 de Abril de 2019, ECLI:EU:C:2019:320

TJUE, Processo C-245/18, *Tecnoservice Int.*, 21 de Março de 2019, ECLI:EU:C:2019:242

TJUE, Processo C-616/11, *T-Mobile Austria*, 9 de Abril de 2014, ECLI:EU:C:2014:242



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

CÍVEL

SOCIAL

CRIMINAL

CULTURAL

JURISPRUDÊNCIA

Acidente de trabalho devido a culpa. Em torno do artigo 18.º da LAT (Lei n.º 98/2009, de 4 de setembro)

JÚLIO GOMES

*Juiz Conselheiro Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça,
Professor Convidado na Escola de Direito Porto da Universidade
Católica Portuguesa*

VIRIATO REIS

Procurador-Geral Adjunto no Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO: Em regra, a responsabilidade por acidentes de trabalho não depende de culpa, mormente do empregador. Contudo, o artigo 18.º da LAT prevê uma hipótese especial de responsabilidade fundada na culpa. O presente estudo trata de algumas das questões suscitadas pelo preceito, nomeadamente, no que se atém ao nexó de imputação, à responsabilidade solidária dos intervenientes e à sua legitimidade processual.

PALAVRAS-CHAVE: Acidente de trabalho; Nexó de causalidade; Responsabilidade solidária; Legitimidade.

ABSTRACT: As a rule liability for industrial accidents is strict liability. However section 18 of the Portuguese Law on Industrial Accidents foresees a special case of fault-based civil liability. This paper addresses a number of specific problems posed by that section, namely, causation, joint liability and the procedural legitimacy of third parties.

KEY WORDS: Industrial Accident; Causation; Joint Liability; Procedural Legitimacy.

O artigo 18.º da atual LAT, com a epígrafe “atuação culposa do empregador”, regula hipóteses que se diferenciam dos casos de responsabilidade objetiva os quais configuram, frequentemente, as situações de responsabilidade civil por acidente de trabalho. Como é sabido, esta responsabilidade por acidentes de trabalho constituiu historicamente um dos primeiros casos, quando não o primeiro caso, de responsabilidade civil independentemente de culpa do responsável¹, inicialmente concebida como assente no risco da máquina, e depois, sucessivamente no risco profissional e no risco de autoridade, para hoje amiúde ser apreendida simplesmente como uma responsabilidade objetiva, mas sem referência a um risco específico. O artigo 18.º, no entanto, trata da situação em que há culpa de uma das entidades referidas no seu n.º 1, ainda que não necessariamente culpa do empregador, como bem destacou entre nós Luís Azevedo Mendes², pelo que a epígrafe se revela algo enganadora ou, ao menos, toma a parte pelo todo. Este preceito tem suscitado, como aliás já sucedia com os seus antecessores, uma extensa série de questões, de solução por vezes delicada, o que justifica, no entender dos autores destas linhas, que, pese embora a existência de importantes contributos doutrinários e jurisprudenciais, o mesmo seja agora “revisitado” e se tente responder a pelo menos algumas dessas questões³.

O n.º 1 do artigo 18.º prevê duas situações de agravamento da responsabilidade (é esse aliás o título da Secção IV integrada por apenas este preceito): uma em que o acidente de trabalho foi provocado por certas entidades e outra em que resulta da falta de observação por essas mesmas entidades das regras sobre segurança e saúde no trabalho. A existência destas duas hipóteses só se compreende, no nosso entender, atendendo à história da norma e aos seus antecedentes.

¹ Sobre o tema cfr., por todos, JULIA MOSES, *The First Modern Risk, Workplace Accidents and the Origins of European Social States*, Cambridge University Press, 2018. A autora sublinha como a reparação dos acidentes de trabalho foi essencial para a construção do Estado de Direito Social (ob. cit., p. 4).

² “Apontamentos em torno do artigo 18.º da LAT de 2009: entre a clarificação e a inovação na efectividade da reparação dos acidentes de trabalho”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ/ Coimbra Editora, n.ºs 88/89, 2011, pp. 125 e ss., p. 133.

³ Não trataremos aqui da questão da eventual aplicação do artigo 18.º da LAT à relação laboral com a Administração Pública. Sobre o tema cfr. MILENA ROUXINOL, *A promoção da segurança e saúde no trabalho no âmbito da Administração Pública à luz da legislação nacional, comunitária e internacional*, in *Direito do Trabalho na Administração Pública I*, org. por Ana Celeste Carvalho e Sofia David, CEJ, 2017, pp. 89 e ss., pp. 102-103.

O “agravamento” da responsabilidade começou por estar previsto em matéria de acidentes de trabalho no caso de dolo do empregador, ou seja, quando o acidente tivesse sido dolosamente provocado pelo empregador.

Como refere Pedro Romano Martinez⁴, a Lei n.º 83, de 24 de julho de 1913, instituiu um regime objetivo de responsabilidade do empregador nos “desastres de trabalho”, mas previu no seu artigo 18.º que em caso de dolo do empregador na causa do desastre a indemnização atingiria a totalidade do salário (e como o autor refere, tal solução foi reiterada no artigo 22.º do Decreto n.º 5637, de 10 de maio de 1919 que estabeleceu o seguro social obrigatório).

A autonomização da violação das regras de segurança e saúde – mas de acordo com a sua letra apenas das disposições legais⁵ – apenas surgiu na Lei n.º 1942, de 27 de julho de 1936, mais precisamente no seu artigo 27.º ⁶, “ao lado” da hipótese de o acidente ter sido dolosamente provocado pelo empregador (ou quem o represente).

A Lei n. 2127, de 3 de agosto de 1965 passou a prever no seu n.º 1 da Base XVII o agravamento da responsabilidade nos casos em que o acidente fosse “dolosamente provocado pela entidade patronal ou seu representante”, mas no seu número 2, por sugestão, aliás, do Parecer da Câmara Corporativa, passou a prever, ao lado da situação de dolo no n.º 1, a hipótese em que o acidente tivesse “resultado de culpa da entidade empregadora ou do seu representante”, hipótese esta em que as pensões e indemnizações poderiam ser agravadas até aos limites

⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Seguro de Acidentes de Trabalho – A Responsabilidade Subsidiária do Segurador em Caso de Actuação Culposa do Empregador*, Prontuário de Direito do Trabalho, números 74-75, 2006, pp. 81 e ss., pp. 84 e ss.

⁵ E daí que, segundo informa JOSÉ AUGUSTO CRUZ DE CARVALHO, *Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais, Legislação Anotada*, 2.ª ed., Petrony, Lisboa, 1983, p. 99, a jurisprudência da época entendia que a disposição apenas abrangia a falta de observância de normas legais e já não a violação de normas impostas pela técnica e pelo uso (citando a respeito o Ac. STA de 24-07-1951).

⁶ “As indemnizações atingirão a totalidade do salário ou da redução da capacidade de ganho dos sinistrados, se o acidente resultar da falta de observância das disposições legais sobre higiene e segurança dos lugares de trabalho e profilaxia dos acidentes, ou se pelas entidades patronais ou quem as represente for dolosamente ocasionado, sem prejuízo das demais responsabilidades em que incorrerem. § único. Nestes casos, se tiver sido transferida a responsabilidade, a sociedade seguradora responde apenas subsidiariamente pelos encargos normais provenientes do acidente, depois de excutidos os bens da entidade patronal, tomando-se por base o salário declarado”,

previstos no n.º 1 para o caso de dolo, “segundo o prudente arbítrio do juiz”. Neste n.º 2 caberiam, aliás, muitas das situações de violação de regras sobre a segurança e saúde no trabalho⁷. E no art.º 54.º do Decreto n.º 360/71, de 21 de agosto, diploma que procedeu à regulamentação da Lei n.º 2127, de 3 de agosto de 1965, consagrou-se uma presunção de culpa da entidade patronal ou de seu representante relativamente à ocorrência de “acidente devido à inobservância de preceitos legais e regulamentares, assim como de directivas das entidades competentes, que se refiram à higiene e segurança do trabalho.”⁸.

A Lei n.º 100/97, de 13 de setembro passou no seu artigo 18.º a distinguir os casos de acidente provocado pelo empregador e de acidente resultante da falta de observação das regras sobre segurança, higiene e saúde no trabalho. Sublinhe-se que deixou de referir-se ao dolo do empregador (ou seu representante) a respeito do acidente “provocado”. Assim, face a esta lei a hipótese legal de um acidente “provocado” pelo empregador passou a bastar-se com a culpa (ou seja, com a mera negligência) do empregador⁹.

O atual artigo 18.º, n.º 1, mantém lado a lado estas duas hipóteses de acidente “provocado” e acidente “resultante da falta de observação (...) das regras sobre segurança e saúde no trabalho”. Uma e outra situação exigem para o preenchimento da hipótese legal que haja culpa, mas enquanto no primeiro caso a alegação e prova da culpa cabem a quem invoca a norma e o conseqüente agravamento da responsabilidade – quer se trate do sinistrado, seus familiares ou do segurador de aci-

⁷ Para CRUZ DE CARVALHO, ob. e lug. cit., face à redação da Base XVII, n.º 2, poderia até tratar-se da violação de regras de segurança e saúde no trabalho que não correspondessem a disposições legais.

⁸ Nesse sentido, VITOR RIBEIRO, “*Acidentes de Trabalho, Reflexões e notas práticas*”, 1984, Lisboa, Rei dos Livros, p. 90, e CARLOS ALEGRE, “*Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais, regime jurídico anotado, 2.ª edição*”, 2000, Almedina, p. 104, considerando este autor incompreensível a eliminação desta presunção no regime jurídico da Lei n.º 100/97, de 13-09 e do DL n.º 143/99, de 30-04, que a regulamentou.

Por sua vez, a jurisprudência qualificou, apropriadamente, essa presunção como ilidível. V. g. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30-10-2002 (processo 02S2322).

⁹ MARIA JOSÉ COSTA PINTO, O art. 18.º da Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro: Uma Questão de Culpa?, PDT n.º 71, 2005, pp. 105 e ss., p.117, considerou criticável a solução encontrada pelo legislador ao não distinguir os casos de dolo, de negligência grosseira e de negligência leve. A autora reiterou a sua crítica posteriormente: MARIA JOSÉ COSTA PINTO, *Violação de Regras de Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho: Perspectiva Jurisprudencial*, Prontuário de Direito do Trabalho, números 74-75, 2006, pp. 195 e ss., p. 220.

dentes de trabalho – na hipótese de violação de regras de segurança tal prova seria desnecessária porque resultaria da própria demonstração da violação das regras de segurança, a qual representaria, em si mesma, uma conduta ao menos negligente do responsável (com o que se chega a uma construção muito próxima da noção francesa de *faute*, em que confluem ilicitude e culpa). E daí que na jurisprudência seja frequente a asserção de que o artigo 18.º, n.º 1, contempla duas situações por assim dizer autónomas e que se diferenciam pela distribuição do ónus da prova. Por outro lado, a muito numerosa jurisprudência existente lida sobretudo com a segunda parte do n.º 1.

Sem analisar com mais profundidade esta questão, não queremos, no entanto, deixar de observar que nos parece que frequentemente se podem considerar simultaneamente preenchidas as duas hipóteses¹⁰. Por outro lado, estamos em crer que o artigo 18.º, n.º 3, apenas prevê o direito de regresso do empregador quando o acidente tiver sido provocado pelo representante do empregador, dado que quando o acidente resulte da violação de regras de segurança e saúde no trabalho pelo representante do empregador essa violação será imputável ao empregador, tendo em atenção as suas obrigações em matéria de promoção da segurança e saúde no trabalho¹¹. E se vingar o entendimento, já assumido por jurisprudência dos nossos Tribunais superiores, tanto pelo

¹⁰ Sirva de exemplo, entre outros, o Ac. TRP 04-05-2022, processo n.º 3267/19.7T8AVR.P1 (Jerónimo Freitas): “Resultando provado que o Autor não tinha o mínimo conhecimento necessário para poder executar a tarefa de desentupimento/desobstrução do ciclofiltro em segurança, designadamente, por ser a primeira vez que a ia executar, desconhecer o modo de funcionamento do sistema, não ter tido qualquer formação nem sequer sido informado de que existia uma eclusa com uma hélice com pás metálicas que se encontrava em funcionamento, mas não obstante essa evidência, desprezando o que o mais elementar bom sendo aconselharia, o seu superior hierárquico /chefe de equipa deu-lhe ordens “*para subir a uma plataforma e aceder ao ciclofiltro, para o desentupir*”, ocorrendo então o acidente quando introduziu a mão direita pela escotilha para verificar se existia aí material acumulado, tendo sido atingido pelas pás metálicas da hélice da eclusa em funcionamento, causando-lhe amputação de 3 dedos (D2, D3 e D4) da mão direita por F2, é forçoso concluir que o acidente resultou de falta de observação das regras sobre segurança e saúde no trabalho por parte da empregadora, nos termos e com os efeitos previstos no art.º 18.º n.º1, da Lei 98/2009 [LAT]”. Como se vê há aqui uma violação de múltiplas regras de segurança (desde logo, com violação do dever de formação), mas pode também afirmar-se que foi a conduta do empregador, através do seu “representante” e da ordem dada por este que provocou o acidente.

¹¹ Veja-se, sobre as obrigações gerais do empregador em matéria de segurança e saúde no trabalho o disposto no n.º 1 do art.º 5.º e no art.º 15.º, ambos do Regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho, aprovado pela Lei n.º 102/2009, de 10 de Setembro.

Supremo Tribunal de Justiça¹², como por alguns Tribunais da Relação¹³, de que a responsabilidade por acidentes de trabalho é responsabilidade contratual, e não delitual, bem poderá esbater-se a diferença atualmente existente entre estas duas situações contempladas no n.º 1 do artigo 18.º, já que provado o incumprimento contratual, presume-se a culpa do devedor.

Nas duas hipóteses contempladas no n.º 1 do artigo 18.º (acidente provocado/acidente resultante da violação de regras de segurança e de saúde) referem-se as mesmas entidades: o empregador, seu representante ou entidade por aquele contratada e empresa utilizadora de mão-de-obra. A enumeração pode parecer simples, mas na realidade suscita alguns problemas interpretativos.

Em primeiro lugar, a referência ao empregador abrangerá a contraparte contratual do trabalhador – mesmo que o contrato de trabalho seja inválido – sem esquecer a possibilidade de existir mais do que um empregador ao abrigo do mesmo contrato de trabalho (ou seja, uma situação de coempregadores). Os coempregadores são solidariamente responsáveis pelo que nos parece que será suficiente que um deles provoque o acidente ou viole as regras de segurança para que a hipótese legal esteja preenchida¹⁴.

Por outro lado, podem imputar-se, sem dúvida, ao empregador os atos praticados por ele pessoalmente desde que seja uma pessoa física (e capaz). Mas no que se atém às pessoas coletivas há, desde logo, que ter presente que elas atuam designadamente através dos seus órgãos. Contudo, a lei vai mais longe e refere também os seus representantes. Foi mérito de Menezes Leitão ter chamado a atenção para a insuficiência ou mesmo inadequação do conceito de representação no direito

¹² Ac. do STJ de 16-12-2021, processo n.º 26059/17.3T8LSB.L2.S1 (Paula Sá Fernandes) e Ac. do STJ de 16-12-2021, processo n.º 3446/17.1T8VFX.L1.S1 (Paula Sá Fernandes). Nesses Acórdãos sublinha-se que por força do artigo 127.º, n.º 1, alínea g), do CT uma das principais obrigações que do contrato de trabalho decorrem para o empregador é a de prevenção de riscos e doenças profissionais, bem como a de indemnização dos prejuízos resultantes de acidentes de trabalho.

¹³ Ac. TRC de 26-06-2020, processo 445/13.6TRL-A.C1 (Paula Maria Roberto): “o agravamento da responsabilidade originado pela falta de observação, por parte do empregador, das regras sobre segurança e saúde no trabalho, tem como fonte o contrato de trabalho celebrado entre o sinistrado e a Ré patronal” e “[e]stamos perante uma responsabilidade contratual, ou seja, o empregador vê a sua responsabilidade derivada do contrato, agravada, por força da violação das regras de segurança e saúde no trabalho”.

¹⁴ Cfr. o n.º 3 do art.º 101.º do Código do Trabalho.

civil no contexto desta norma (sem esquecer, em todo o caso, que do próprio contrato de trabalho também podem resultar poderes de representação)¹⁵. Com efeito, o que estará em jogo frequentemente não é a prática de negócios jurídicos, mas de atos jurídicos ou até simplesmente de atos (e omissões) materiais. Trata-se, por exemplo, de determinar quem deu a ordem para que um determinado comportamento do sinistrado ocorresse, mas também quem era, por vezes a montante, responsável pela planificação, formação, enquadramento numa equipa da atuação do sinistrado, adoção de medidas de segurança coletivas e individuais, etc., e se essas condutas podem ser imputadas ao empregador. Assim, afigura-se que será representante, não apenas quem no seio da organização do empregador exerça o poder de direção – aliás a delegação do poder de direção mesmo fora dessa organização poderá relevar, embora nesses casos se possa estar perante um utilizador de trabalho temporário que é expressamente referido¹⁶ ou um cessionário numa cedência ocasional (que poderá caber no conceito de empresa contratada) – mas também quem exerça cargos, vulgarmente designados de chefia, que lhe atribuem competências (e responsabilidades) na organização e execução do trabalho. Sirva de exemplo, o caso decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão de 06-12-2011, processo n.º 188/07.TTCTB.C1.S1 (Pereira Rodrigues). O chefe de equipa e encarregado de via não adotou medidas de proteção, inclusive medidas internas que se impunham no caso, e na sequência dessa omissão, vários trabalhadores morreram, atingidos por uma composição ferroviária em circulação. O empregador, embora admitindo a violação das regras de segurança, defendia que tal violação não lhe era imputável, sustentando entre outros argumentos, que “por o chefe da equipa ter ordenado aos três operadores de via que retomassem os trabalhos, sabendo que dentro de quinze minutos iria passar outro comboio, sendo forçoso qualificar a sua conduta como objetivamente alheia aos poderes-deveres de que estava funcionalmente investido pelo empregador, em razão da sua função, ao momento dos factos, assim não devendo

¹⁵ Afirmando o autor que quando a lei fala em representante não se tratará de “(...) uma verdadeira representação em sentido jurídico mas antes o facto de a entidade patronal admitir outra pessoa a exercer os poderes de autoridade e direcção (...)” - “A reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho”, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2001, p. 577.

¹⁶ Sendo aqui de recordar que no acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 6/2013 (publicado no DR, I série, de 5 de março de 2013), proferido ao abrigo do n.º 1 do art.º 18.º da LAT de 1997, no qual não se mencionava a utilizadora de mão de obra, se afirmou que “(...) a empresa utilizadora é uma representante da entidade empregadora do trabalhador”.

ser considerado como representante do empregador para os efeitos do artigo 18º da LAT”. Como o Tribunal destacou, no entanto, era ao empregador que cumpria assumir as medidas de segurança previstas nas normas legais e, inclusive, em normas internas e para o efeito o chefe da equipa era o seu “representante”, era “através” dele que o empregador deveria dar-lhes cumprimento. A violação de tais normas pelo chefe da equipa é-lhe, assim, imputável como um comportamento seu. Aliás, se prevalecer a tese de que a responsabilidade do empregador por acidentes de trabalho é uma responsabilidade contratual por emergir do contrato o dever do empregador de proporcionar ao trabalhador condições para trabalhar em segurança, o empregador será responsável nos termos gerais pela atuação dos seus auxiliares no cumprimento. Não se nos afigura, com efeito, que com o artigo 18.º da LAT o legislador laboral tenha pretendido afastar as regras civilísticas sobre a responsabilidade do devedor pelos atos dos auxiliares no cumprimento, mas apenas complementá-las.

Também no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Justiça de 03-02-2010, processo n.º 162/2001.L1.S1 (Mário Pereira), embora se tenha começado por referir que “[o] termo “representante”, a que alude o artigo 18.º, n.º 1, da LAT, aplica-se às pessoas que gozem de poderes representativos de uma entidade patronal e atuem nessa qualidade, abrangendo normalmente os administradores e gerentes da sociedade, cujas características preenchem as próprias do mandato, e ainda quem no local de trabalho exerça o poder diretivo”, acabou-se por concluir que “[t]endo o encarregado geral e o encarregado de segurança da Ré omitido, perante incêndio que deflagrava num silo da fábrica daquela, o chamamento dos bombeiros e tendo, ao invés, permitido aos trabalhadores da Ré, entre eles o Autor, que fossem os mesmos a tentar apagar o fogo, bem sabendo que não tinham formação para o efeito e nem sequer usavam roupas apropriadas” deveriam ser considerados para o efeito como “representantes” do empregador, tendo-se verificado a violação das regras de segurança pelos mesmos, no caso causal relativamente à ocorrência do acidente.

Mas importa ter presente que a jurisprudência não é pacífica na matéria. Assim, no Ac. TRE de 23-02-2016, processo n.º 222/13.4TTPTG.E1 (João Nunes) em que a conduta do chefe de equipa que passou um cabo sem desligar previamente a corrente foi causal do acidente, afastou-se o agravamento da responsabilidade do empregador com o argumento, designadamente, de que o mesmo não exercia o poder de direção e, por conseguinte, não poderia considerar-se representante do

empregador¹⁷. O Acórdão afirma que “como chefe de equipa ele limitava-se a coordenar no local os trabalhos, não se retirando daí que tivessem quaisquer poderes de representação da Ré e mais não sendo, para os efeitos previstos na LAT, que outro trabalhador da empregadora, subsumindo-se, por consequência, a situação ao disposto no artigo 17.º da LAT”. Com todo o respeito, não sufragamos esta asserção, dado que – não era apenas mais um trabalhador presente, mas sim quem coordenava os trabalhos no local¹⁸.

Reconhecemos que este entendimento força uma nova definição da fronteira entre o artigo 17.º e o artigo 18.º da LAT. O artigo 17.º n.º 1

¹⁷ Pode ler-se no sumário do Acórdão que” (...) iii. não se verifica o primeiro dos fundamentos referidos, se tendo uma equipa da empregadora, constituída por três elementos e da qual fazia parte o Autor/sinistrado, sido incumbida de realizar trabalhos sem tensão que consistiam em preparar a instalação de um armário novo na base de um poste, para substituição do antigo aí existente – o que envolvia a ligação dos cabos ao referido armário novo e respectiva fixação no poste, sendo que no domingo seguinte seria ligado à rede eléctrica através do transformador existente no topo do poste, para o que previamente a EDP procederia ao corte de corrente eléctrica na linha de média tensão que alimentava o transformador – um dos trabalhadores foi passar o cabo que apenas devia ser passado com a corrente eléctrica desligada e fez com que o mesmo tocasse na linha de média tensão, ou nos fios condutores, ou no arco eléctrico associado àquela, o que provocou a descarga de alta voltagem que atingiu o Autor, que se encontrava na base do poste, a trabalhar junto do armário; iv. embora o referido trabalhador que foi passar o cabo fosse o chefe da equipa constituída pelos 3 elementos, daí não decorre, por si só e para os efeitos previstos no artigo 18.º da LAT, que ele tivesse poderes de representação da empregadora”.

¹⁸ Outro aspeto em que temos muitas dúvidas em seguir este Acórdão respeita ao ponto V do sumário: “no circunstancialismo descrito em iii., também não pode afirmar-se a existência de nexos causal entre uma eventual violação das regras de segurança por parte da empregadora e o acidente – violação essa por o Autor não ter “título de habilitação” válido para pertencer à equipa que estava a realizar aqueles trabalhos preparatórios, nem ter plano de estágio, nem estar a ser orientado e acompanhado pelo chefe de equipa e pelo chefe de segurança, e ainda por não ter “título de passaporte” válido –, uma vez que o acidente ocorreu por outro trabalhador da empregadora, ao passar o cabo (passagem essa que apenas devia fazer-se no domingo seguinte, quando a linha de média tensão estivesse desligada) que ia alimentar o quadro onde o Autor estava a trabalhar, ter feito com que o mesmo (cabo) tocasse na linha de média tensão, ou nos fios condutores, ou no arco eléctrico associado àquela, o que provocou a descarga de alta voltagem que atingiu o Autor, sendo certo que esse outro trabalhador detinha as qualificações para realizar os trabalhos”. Como decorre da matéria dada como provada o sinistrado não tinha as qualificações necessárias para integrar a equipa e fazer aquele tipo de trabalho e essa qualificação releva não apenas para prevenir ou tentar prevenir erros próprios, mas também para que o trabalhador esteja (mais) atento e possa alertar e precaver-se melhor contra erros alheios.

prevê a situação de o acidente ser causado por outro trabalhador ou por terceiro, mas quanto a nós não abrange os casos em que o outro trabalhador cause o acidente agindo na qualidade de “representante” do empregador (ou auxiliar no cumprimento pelo empregador dos seus deveres, designadamente na área da segurança).

Sublinhe-se, também, que do artigo 18.º, n.º 1, decorre que quando o acidente de trabalho for provocado pelo empregador “através” do seu representante, os dois serão solidariamente responsáveis. Neste sentido, precisamente, pronunciou-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17-02-2020, processo n.º 6652/18.8T8VNG-A.P1 (Paula Leal de Carvalho)¹⁹.

¹⁹ Como se pode ler no seu sumário: I - O artigo 18.º da atual LAT, aprovada pela Lei 98/2009, de 04.09, não altera o entendimento que vinha sendo sufragado quanto ao conceito alargado de *representante* constante do art. 18º da anterior LAT, aprovada pela Lei 100/97, de 13.09, o qual abrangerá tanto o legal representante da sociedade empregadora (no caso, o sócio gerente), como outras pessoas físicas que, de algum modo, actuem em representação daquela entidade. II - O atual art. 18º veio, todavia, estender a responsabilidade pela reparação infortunistica não apenas à entidade empregadora, mas também aos próprios *representantes*, nestes se incluindo o legal representante do empregador que seja pessoa colectiva e as pessoas incluídas no conceito alargado de representante, bem como à entidade contratada pelo empregador e à empresa utilizadora de mão de obra, quando o acidente tiver sido por eles provocado ou quando resulte da falta de observação, pelos mesmos, das regras sobre segurança e saúde no trabalho, prevendo-se no preceito a responsabilidade individual ou solidária de ambos. III - Demandando o A., na petição inicial, quer a sociedade empregadora, quer o seu legal representante (sócio-gerente), pela reparação dos danos emergentes do acidente de trabalho de que foi vítima decorrente de alegada violação de condições de segurança por parte daquele, legal representante, o mesmo detém legitimidade processual passiva. IV - Invocando o A., para justificar a demanda da sociedade empregadora, a concreta factualidade integradora da alegada violação das normas de segurança e, para justificar a demanda do legal representante da mesma, que este não “diligenciou pela implementação em obra dos elementos coletivos e individuais de prevenção de acidentes de trabalho”, que “[o] Réu não cumpriu com qualquer dessas obrigações” e que “(...), em consequência da violação das regras de prevenção quanto à segurança no trabalho, veio a ocorrer o fatídico acidente de que resultou a morte do seu trabalhador e que de outro este não teria sofrido”, tem este legitimidade processual passiva, carecendo de fundamento a sua absolvição da instância com fundamento na ilegitimidade do mesmo. V - A (eventual) alegação conclusiva e/ou insuficiente de matéria de facto para justificar a responsabilidade do sócio-gerente da sociedade empregadora pela reparação dos danos emergentes do acidente de trabalho não se prende com a falta de legitimidade processual, mas sim com o mérito da ação, devendo a 1ª instância, em tal caso e se entender no sentido dessa conclusividade e/ou insuficiência, formular convite ao aperfeiçoamento nos termos do art. 27º, nº 2, al. b), do CPT na redacção introduzida pela Lei 107/2009, de teor semelhante à previsão da anterior al. b) desse preceito.

Também Luís Azevedo Mendes considera que “(...) a lei indica expressamente a natureza solidária da obrigação plural do empregador e do representante, entidade contratada ou utilizadora de mão de obra (...)”²⁰.

O que igualmente afirma de forma enfática Manuela Fialho, quando escreve que a lei atual veio clarificar que “(...) em caso de culpa ou violação de regras de segurança, qualquer das entidades mencionadas no art.º 18.º responde solidariamente (...)”²¹.

Além do empregador e do seu representante, a lei atende também aos comportamentos culposos que provocaram o acidente ou se traduziram na violação de normas de segurança de entidade contratada pelo empregador e de empresa utilizadora de mão de obra. Começando a análise deste aspeto por esta última diremos que também aqui a empresa utilizadora é quem exerce o poder de direção, ou pelo menos uma parcela importante deste, sobre o trabalhador temporário, além de ser ela quem controla, normalmente, o local de trabalho e as condições concretas em que o trabalho é realizado.

Sublinhe-se, em todo o caso, que esta referência à empresa de trabalho temporário neste contexto suscita algumas questões: em primeiro lugar porque o utilizador não é necessariamente uma empresa. Pensamos, no entanto, que a norma também se aplicará ao utilizador que não seja uma empresa, não obstante ter o legislador referido a empresa utilizadora [a lei não se refere a empresa utilizadora de trabalho temporário, mas sim a empresa utilizadora de mão de obra]. Depois importa não esquecer o concurso entre esta norma e outras que no trabalho temporário podem também responsabilizar o utilizador por acidentes de trabalho²². Tenha-se especialmente em conta o disposto na al. a) do n.º 2 e no n.º 5 do art.º 16.º do Regime jurídico da promoção da segurança e saúde no trabalho.

Em rigor, algo similar poderá dizer-se, ao menos em alguma medida, nas situações em que ocorra a cedência ocasional de um trabalhador, uma vez que também aqui o trabalhador cedido fica sujeito ao poder

²⁰ Obra e local citados, p. 140.

²¹ MANUELA FIALHO, “*Legitimidade processual laboral. Apontamento*”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, CEJ, n.º 2016-II, p. 211.

²² Pense-se, por exemplo, no disposto no artigo 177.º, n.º 3, do CT que consagra um caso de responsabilidade solidária da ETT e do utilizador pela reparação dos danos emergentes do acidente de trabalho se o contrato de utilização não tiver em anexo cópia da apólice de seguro de acidentes de trabalho que englobe o trabalhador temporário e a atividade a exercer por este.

de direção exercido pelo cessionário e trabalhará, normalmente, em local de trabalho definido e controlado por este. Uma vez que a cedência ocasional pressupõe um contrato entre cedente e cessionário poderá, em todo o caso, parece-nos, considerar-se que o cessionário é uma entidade contratada pelo empregador (ou, considerá-lo, em alternativa um “representante” do empregador porque exerce o poder de direção)²³.

A referência à entidade contratada pelo empregador terá muito interesse, designadamente, na hipótese de subcontrato, mormente de subcontrato de empreitada, mas também noutras hipóteses de contratos de prestação de serviços. Assim, se um trabalhador de um subempreiteiro sofrer um acidente num estaleiro de construção civil por força da violação pelo empreiteiro de normas de segurança, tanto o empregador do sinistrado (o subempreiteiro), como o empreiteiro serão solidariamente responsáveis pela responsabilidade agravada referida ao sinistro. Não pode, por isso, o subempreiteiro descartar a sua responsabilidade com o argumento de que a segurança na obra não estava a seu cargo, mas sim a cargo de outrem (o empreiteiro)²⁴. Em suma, e como se pode ler no Acórdão do STJ de 25-06-2008, processo n.º 08S836 (Mário Pereira), “[o] empregador não se pode alhear das condições concretas de segurança em que efetivamente os seus trabalhadores exercem a atividade, limitando-se a confiar o cumprimento dessas obrigações a terceiros (como o dono da obra, o empreiteiro geral, o subempreiteiro, o encarregado geral do subempreiteiro, o coordenador da obra ou outro)” e “o facto de a responsabilidade pela definição e observância das regras de segurança incumbir a um terceiro não exime o empregador da sua responsabilidade infortunistica perante os seus trabalhadores, ainda que caiba a um terceiro a direção e orientação da atividade destes”. Esta foi a clara e inequívoca opção do legislador, pelo que a responsabilidade agravada ocorrerá desde que se verifique culpa de uma das entidades referidas no n.º 1 do artigo 18.º e

²³ Veja-se, sobre este ponto, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 08-09-2021, p. 1979/16.6T8LRA.C1 (Ramalho Pinto).

²⁴ Como se afirma no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 6/2013, publicado no DR, I Série, de 5 de março, “*é de considerar que, ainda que a responsabilidade pela observância das condições de segurança num determinado local incumba a um terceiro (que responderá por tal perante as entidades fiscalizadoras competentes ou até em face da entidade patronal, na sede própria), continua a ser a entidade patronal – que paga a remuneração e exerce o seu poder de autoridade sobre o trabalhador –, a responsável directa perante este por determinar a execução da prestação laboral em local onde não foram previamente cumpridas as prescrições legais sobre higiene e segurança no trabalho*”.

sem que tenha forçosamente que existir culpa do empregador (ainda que frequentemente a mesma existirá na modalidade de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*).

Pese embora a amplitude da norma com a referência à entidade contratada parece-nos que subsistem casos que dificilmente poderão ser abrangidos pela sua letra. Pense-se na hipótese de um trabalhador de um subempreiteiro ser vítima de um acidente provocado por outro subempreiteiro ou pela violação por este último de regras de segurança. Entre os vários subempreiteiros não há qualquer relação contratual²⁵.

Focando agora o segundo segmento do n.º 1 do artigo 18.º – o que se reporta à falta de observação das regras sobre segurança e saúde no trabalho, de longe o segmento que tem sido invocado com mais frequência por não ser necessário provar a culpa, mas apenas a violação de tais regras, começaremos por repetir algo que já atrás dissemos – a lei não se refere apenas a disposições legais, pelo que não vemos qualquer obstáculo a que se considerem, a este respeito, regras impostas pelas “*legis artis*” do setor de atividade em causa, pelo uso, por normas internas da empresa e até pela contratação coletiva²⁶. Também com o mesmo entendimento se pronunciou, ao abrigo do norma do n.º 1 do art.º 18.º da Lei n.º 100/97, de 13-09, Maria José Costa Pinto²⁷, sendo de

²⁵ Afigura-se-nos mais ampla a previsão do artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro que estabelece uma obrigação de cooperação entre “várias empresas, estabelecimentos ou serviços que desenvolvam, simultaneamente, atividades com os seus trabalhadores no mesmo local de trabalho”.

²⁶ O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-09-2021, processo n.º 559/18.6T8VIS. C1.S1 (Leonor Cruz Rodrigues) deu até relevância a regras que se poderiam considerar do senso comum: “Provado ficou que a ré (...) não ministrou ao sinistrado qualquer formação para o exercício da tarefa de manuseamento e transporte de garrafa pressurizadas e que permitiu que os trabalhos efetuados fossem realizados sem haver uma avaliação específica de riscos associados àquela tarefa, bem como, sem haver procedimentos de segurança para aquelas funções, permitindo que as garrafas de gás comprimido fossem transportadas sem qualquer bloqueio de segurança. Da matéria fáctica assim elencada dúvidas não restam que o acidente ocorreu porque, além de não estar devidamente acondicionada, a garrafa de gás que embateu no sinistrado, provocando-lhe as lesões que foram causa determinante da sua morte, não tinha capacete de proteção, ao arrepio daquelas, e de regras que decorrem até do senso comum, do *bonus pater familias* suposto pela ordem jurídica, regras de segurança, tendo a operação de manuseamento e transporte das garrafas de gás sido efetuada com violação dessas mesmas regras”.

²⁷ MARIA JOSÉ COSTA PINTO, O art. 18.º da Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro..., cit., p. 115: “O art. 18 da LAT de 1997 ao aludir genericamente a “faltas de observação das regras sobre segurança, higiene e saúde no trabalho “sem restringir apenas à violação das regras legais a conduta da entidade empregadora determinante do agravamento da

frisar que a norma correspondente àquela atualmente em vigor menciona literalmente “regras” sobre segurança e saúde no trabalho, tal como a anterior.

Alguma jurisprudência tem, no entanto, não só sublinhado que há-de tratar-se da violação de um dever especial de cuidado, e não de um dever geral de cuidado, como desvalorizado certas normas que considera programáticas e certos deveres, como, por exemplo, o de formação. Sirva de exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13-11-2020, processo 1170/18.7T8LRA.C1 (Felizardo Paiva)²⁸.

Todavia o Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de 19-06-2013, processo n.º 3529/04.8TTLSB.L2.S1 (Maria Clara Sottomayer), con-

responsabilidade, abarcou necessariamente todas as regras (expressas no texto legal ou noutra, ou impostas pela técnica ou pelo uso no âmbito da actividade exercida pela entidade empregadora)”.

²⁸ Pode ler-se no referido Acórdão “[n]o caso que nos ocupa encontra-se em causa a pretensa violação pela entidade empregadora das normas constantes dos arts 44º e 45º do Decreto 41821, de 11 de agosto de 1958, arts 7º e 14º, nºs 1 e 5 do Decreto-Lei 273/2003, de 29 de Outubro, e arts 15º nºs 2 a 5 e 20º da Lei 102/2009, de 10 de Setembro. Por outro lado, há ainda que chamar à colação o preceituado no art 281º, nºs 1 a 3 do C.T. segundo o qual o trabalhador tem o direito a prestar trabalho em condições de segurança e saúde, devendo empregador assegurar aos trabalhadores condições de segurança e saúde em todos os aspectos relacionados com o trabalho, aplicando as medidas necessárias tendo em conta princípios gerais de prevenção, devendo ainda mobilizar os meios necessários, nomeadamente nos domínios da prevenção técnica, da formação, informação e consulta dos trabalhadores e de serviços adequados, internos ou externos à empresa. Há ainda a atentar no que estabelece o art 282º do mesmo código (“*informação, consulta e formação dos trabalhadores*”), nos termos do qual o empregador deve informar os trabalhadores sobre os aspectos relevantes para a protecção da sua segurança e saúde e a de terceiros, e deve assegurar formação adequada, que habilite os trabalhadores a exercer de modo competente as respectivas funções. Essencialmente, os artºs 15º e 20º da Lei 102/2009 de 10/10 contêm meras normas genéricas ou programáticas sobre segurança do trabalho e não regras concretas dirigidas à forma como deve ser executado o trabalho em cima de telhados como é o caso. A mesma natureza de comandos contém o art 7º do Decreto-Lei 273/2003, de 29 de Outubro (diploma que regulamenta a condições de segurança e de saúde no trabalho em estaleiros temporários ou móveis), ao estipular que “*o plano de segurança e saúde deve ainda prever medidas adequadas a prevenir os riscos especiais para segurança e saúde dos trabalhadores decorrentes, nomeadamente de trabalhos*” “*que exponham os trabalhadores a risco de (...) queda em altura (...)*”. Mas já os arts 44º e 45º do Decreto 41821, de 11 de agosto de 1958 (Regulamento de Segurança no Trabalho da Construção Civil) estabelecem formas concretas ou práticas de executar o trabalho em cima de telhados”. Também no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra que foi revogado pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-09-2021, processo n.º

frontado com uma situação de ausência “de normas legais e/ou regulamentares que, concreta e especificamente, regulem o manuseamento/recolha das bagagens pelos trabalhadores dessa tarefa incumbidos”, concluiu que “a ausência de normas concretas que especificamente regulem a atividade em causa não conduz, necessariamente, ao vazio normativo e, conseqüentemente, à impossibilidade de imputação alegada pela recorrente” e “[n]esta medida, há que indagar, pois, junto dos normativos de maior generalidade e amplitude regulativa acerca da capacidade e possibilidade de neles se enquadrar o circunstancialismo em causa”²⁹.

Quem invoca a responsabilidade agravada, mormente por força da falta de observância das regras sobre segurança e saúde no trabalho – o sinistrado ou os seus familiares ou o segurador de acidentes de trabalho – terá que alegar e provar a referida falta de observação de tais regras, já que não se pode inferir da existência do sinistro e do dano concomitante que tais regras foram violadas. Com efeito, e como bem destaca um autor norte-americano muito influente nesta matéria, mesmo que todas as regras de segurança sejam escrupulosamente respeitadas, sempre haverá, em certas atividades, acidentes de trabalho, o que de-

559/18.6T8VIS.C1.S1 (Leonor Cruz Rodrigues) se afirmara o seguinte: “É verdade que sobre a entidade empregadora impendem as obrigações que decorrem dos artº 281º do CT, e artºs 5º, 15º nºs 2 e 3 e artº 20º da Lei 102/09 de 10/09, particularmente a que a obriga a empregadora a ministrar formação adequada aos seus trabalhadores sobre higiene e segurança no trabalho. Contudo, tais obrigações mais não passam do que obrigações gerais ou programáticas, consagrando as respectivas normas apenas princípios gerais sobre segurança e higiene no trabalho. Conseqüentemente, ainda que, sem prescindir, alguma culpa pudesse ser imputada à recorrente, essa culpa apenas pode ser vista como a violação de um dever genérico de cuidado insusceptível de fazer operar o regime do artº 18º da LAT”.

²⁹ Neste caso o empregador conhecia os perigos a que estavam expostos os seus trabalhadores na operação de recolha de bagagens. E daí que o Acórdão tenha afirmado que “caso verifique que as condições de funcionamento da chute podem pôr em perigo a integridade e/ou vida dos seus trabalhadores, [o empregador] deve tomar, imediatamente as medidas necessárias e adequadas a removê-lo, podendo mesmo, se necessário, cancelar a recolha das bagagens”. O Acórdão sublinhou, também, a falta de formação adequada: “[a] cresce que, em face destas condições de trabalho (...) ainda, assim, a ré podia ter-lhe dado [ao autor], a formação necessária e específica para este tipo de trabalho”. No mesmo sentido, veja-se o já mencionado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-09-2021, processo n.º 559/18.6T8VIS.C1.S1 (Leonor Cruz Rodrigues).

signa por “acidentes normais”³⁰. Esta verdade, que pode parecer evidente, interessar-nos-á, adiante, para efeitos de prova do nexos causal.

A lei exige, com efeito, que o acidente resulte da falta de observação das referidas regras de segurança e, portanto, quem pretenda que se aplique a um concreto acidente a responsabilidade agravada terá que alegar e provar esse nexos causal entre a violação das regras e o acidente em causa.

Este problema da alegação e prova do nexos causal é, porventura, dos mais delicados e controversos na aplicação do artigo 18.º, ao que não será estranha a circunstância de estarmos frequentemente a discutir a “causalidade” de uma omissão (ainda que não se possa, de todo, excluir que a violação das regras de segurança tenha ocorrido através de uma conduta ativa, como, também, que se verifique não uma única, mas várias violações das referidas regras³¹).

Começando pelo que é relativamente pacífico diremos que, antes de mais, importa atender que a lei não exige que a falta de observação das regras de segurança e saúde seja a causa exclusiva do acidente, bem podendo concorrer com outros fatores causais.

Por outro lado, e reiterando o que já dissemos, pode ocorrer um acidente mesmo quando as regras de segurança são observadas. Mas, se assim é, não é coerente exigir-se para a demonstração deste nexos causal que se prove que se a regra de segurança tivesse sido observada o

³⁰ Referimo-nos a CHARLES PERROW, *Normal Accidents, Living with High-Risk Technologies*, Princeton University Press, Princeton/New Jersey, 1984.

³¹ Há, na nossa jurisprudência, numerosos casos de violações múltiplas das regras de segurança. Sirvam de exemplo o Ac. TRL de 27-10-2021, processo n.º 6495/17.6T8FNC. L1-4 (Duro Mateus Cardoso) – em cujo sumário se pode ler que “[a] empregadora, ao não fazer planificação dos trabalhos, ao não analisar previamente o local, ao não delimitar ou reforçar as proteções nos locais onde havia aberturas e ao não adotar quaisquer medidas para eliminar as aberturas ou minimizar os riscos de queda, levou a que o sinistrado não tivesse tomado consciência da existência das aberturas e da fragilidade das coberturas, não tendo qualquer possibilidade de se aperceber dos riscos que corria ao executar o trabalho que lhe fora atribuído, pelo que estas omissões da apelante, contribuindo para a ocorrência do acidente, dele foram causais” – e o Ac. TRE de 02-03-2023, processo n.º 727/18.0T8CSC.E1 (Emília Ramos Rosa), em que o afogamento do trabalhador ficou a dever-se a uma extensa série de violações das regras de segurança pelo seu empregador: violação do dever de formação sobre situações de emergência de “Homem ao mar” e sobre técnicas de sobrevivência em água fria, não realização de exercícios de segurança em ambiente real, mas também deficiências nos equipamentos individuais e de segurança.

acidente certamente não teria ocorrido. Divergimos, assim, das afirmações neste sentido do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12-09-2022, processo n.º 1507/18.9T8VLG.P1 (Teresa Sá Lopes)³² e do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13-11-2020, processo n.º 1170/18.7T8LRA.C1 (Felizardo Paiva), em cujo sumário se pode ler, a propósito, que “[a]dotando o nosso ordenamento jurídico a teoria da causalidade adequada na sua formulação negativa, é necessário demonstrar que se tivessem sido adotadas as medidas de prevenção o acidente não teria ocorrido”.

Quem invoca a existência de uma situação de responsabilidade agravada, mormente por inobservância das regras de segurança e saúde no trabalho, terá que alegar e provar o que vulgarmente se designa por nexo de causalidade, ou seja, que o acidente resultou da falta de observação de tais regras. Esta referência ao “resultado” não nos deve levar a concluir que se trata de uma mera questão de facto³³. Aliás, a falta de observação das regras de segurança constitui frequentemente uma omissão que no plano naturalístico ou físico não tem propriamente consequências – o que não existe não produz, naturalística ou fisicamente falando, resultados. Do que se trata é, antes, de nos perguntarmos qual teria sido provavelmente a situação hipotética se a conduta devida tivesse sido adotada, se as regras relevantes tivessem sido observadas. Sublinhe-se que tais regras têm como escopo reduzir o risco, mas normalmente não conseguem suprimi-lo ou eliminá-lo em absoluto. É, por conseguinte, à luz do escopo destas regras que se deve aferir da imputação do dano à conduta do agente. O que significa que a aferição deste nexo de imputação (é disso que se trata e não propriamente de uma causalidade física) deve ter em conta a própria função e âmbito de proteção das regras violadas. Há aqui, por conseguinte, tanto uma componente jurídica, como uma componente fáctica, que

³² Em cujo sumário se pode ler, designadamente, que “[n]ão permitindo a matéria de facto apurada concluir que o acidente foi despoletado pela conduta omissiva da Entidade empregadora ou que se estivesse já feito o levantamento dos riscos e/ou tivesse sido dada formação ao Sinistrado o acidente se teria sido evitado, não se mostra possível concluir, sem mais que o sucedido decorreu da forma de acondicionamento da palete ou do Sinistrado estar num local onde não deveria estar”.

³³ Sobre o tema cfr. CHRISTOPHE QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, que sublinha que a causalidade material e a “causalidade” jurídica não coincidem, nem têm que coincidir. A “causalidade” jurídica deve ser definida por regras de direito (ob. cit., p. 201) e “a causalidade jurídica distingue-se da material (...) uma pode existir sem a outra”. Para o autor, aliás, “a assimilação da causalidade jurídica à causalidade material é um beco sem saída” (ob. cit., p. 174: “une voie sans issue”).

se encontram imbrincadas. Mas sublinhe-se que os factos relevantes dependem da pré-compreensão jurídica e da própria existência de um dever de adotar determinadas medidas de segurança, dever esse que foi violado. Por outras palavras, não se pode exigir – tal seria contraditório com o escopo e função das regras de segurança – que se demonstre que se tais regras tivessem sido cumpridas o dano não se teria certamente produzido³⁴. Desde logo, estamos a perguntarmo-nos o que teria sucedido hipoteticamente se tais medidas tivessem sido observadas e, por conseguinte, situamo-nos no mundo da probabilidade e não no da certeza (mesmo admitindo que ela possa alguma vez existir). Depois, porque seria ilógico e irrealista exigir tal demonstração – que a observância da medida de segurança afastaria com toda a certeza a ocorrência do dano – uma vez que não é essa sequer a função³⁵ que pode ser legitimamente esperada da medida de segurança.

Esta visão por assim dizer “probabilística” da “causalidade” está, de resto, consagrada, segundo cremos, no artigo 563.º do Código Civil, quando, a respeito da obrigação de indemnização estabelece que esta “só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. Quer se considere que a norma consagra assim a chamada “causalidade adequada” na sua formulação negativa, quer se ponha o acento no escopo da norma violada e na interação entre o fundamento da responsabilidade e a imputação do dano ao agente³⁶, o lesado tem aqui apenas que invocar que a não observância das

³⁴ Divergimos, assim, neste ponto, do Ac. STJ de 02-12-2013, processo n.º 4734/04.2TTL-SB.L2.S1 (Melo Lima): “Resultando provado, de um passo, que a empregadora não afiou, no equipamento de trabalho utilizado pelo trabalhador sinistrado e outros trabalhadores, a sinalização com o peso máximo que aquele suportava, mas não resultando provado, de outro passo, qual o peso dos trabalhadores que laboravam em cima da plataforma de trabalho nem provado, por consequência, que o excesso de peso em cima deste equipamento tivesse sido a causa exclusiva do colapso das escovas de travamento da plataforma devido à fratura e colapso do pino central do atuador hidráulico, não poderá imputar-se à empregadora a responsabilidade na reparação, agravada, do acidente de trabalho”.

³⁵ ROBERTO PUCELLA, *La Causalità “Incerta”*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 224, acentua, precisamente, que a etiologia na omissão depende da função de garantia que a conduta omitida tinha relativamente ao dano.

³⁶ Assim ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, VIII, Direito das Obrigações (Gestão de Negócios, Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil)*, Almedina, Coimbra, 2017 (reimpressão da 1.ª edição do tomo III da parte II de 2010), embora defenda que o artigo 563.º do Código Civil não consagra a chamada causalidade adequada, acrescenta (p. 542) que o mesmo “arreda, como regra, a necessidade da absoluta confirmação do decurso causal: não há, que provar tal decurso, mas, simplesmente a

regras de segurança terá provavelmente influído na ocorrência do acidente³⁷. Nas palavras do Tribunal da Relação de Guimarães³⁸, “trata-se de elaborar um juízo de prognose sobre se aquele facto, em abstrato e em condições normais, tem aptidão genérica para produzir aquele resultado típico que é, assim, sua consequência normal, recorrendo-se à probabilidade fundada em conhecimentos médios e em regras da experiência comum”.

Importa, pois, atender que a imputação opera num clima de incerteza. Incerteza, desde logo, quanto à situação hipotética que ocorreria se a regra de segurança tivesse sido respeitada, mas também, frequentemente quanto ao passado – se, por exemplo, o sinistrado caiu de grande altura quando estava a trabalhar num telhado de modo que no caso concreto se impunham medidas de segurança coletivas e individuais

probabilidade razoável da sua existência” (sublinhado nosso). Cfr., igualmente, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *O Acidente de Trabalho, o Acidente in itinere e a sua Descaracterização*, Coimbra Editora, 2013, pp. 134 e ss., MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Os Conceitos de Causalidade, Imputação e Implicação a Propósito da Responsabilidade por Acidentes de Trabalho”, Para JORGE LEITE, *Escritos Jurídico-Laborais*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 53 e ss., Autora que afirma, aliás, que a prova do dano deve traduzir-se na “prova da possibilidade da produção da lesão pelo acidente ocorrido” (p. 68; cfr. também pp. 86-87) e CLÁUDIA ALEXANDRA DOS SANTOS SILVA, *O ato suicida do trabalhador no contexto do regime infortunistico laboral: comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/12/2010*, Questões Laborais 2022, n.º 61, pp. 143 e ss.

³⁷ O Acórdão do STJ de 03-11-2023, processo n.º 1694/20.6T8CSC.C1.S1 (Júlio Gomes), depois de afirmar que “para prova do nexos causal basta a demonstração de que o sinistro é uma consequência normal, previsível, da violação das regras de segurança, independentemente de se provar ou não, com todo o rigor e extensão, a chamada dinâmica do acidente”, acrescenta que, “no entanto, para que a violação das regras de segurança se possa considerar causal relativamente ao acidente ocorrido é necessário apurar se no caso concreto ela se traduziu em um aumento da probabilidade de ocorrência do acidente tal como ele efetivamente veio a verificar-se”. Cfr., igualmente, o Acórdão do STJ também de 03-11-2023, processo n.º 151/21.8T8OAZ.P1.S1 (Mário Belo Morgado): “(...) lançando mão do critério da causalidade adequada (mesmo sem recorrer às “correções” que a doutrina e a jurisprudência vêm introduzindo nesta teoria) também não suscita dúvida que era objetivamente provável que a omissão das medidas de segurança que deveriam ter sido implementadas era suscetível de originar um acidente de trabalho (...)”.

³⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 06-02-2020, processo n.º 2930/18.4T8BRG,G1 (Maria Leonor Chaves dos Santos Barroso). Neste mesmo Acórdão sublinha-se que “a causalidade adequada abarca todo o facto que atue como condição do dano, exceto se, numa perspetiva de prognose normal, se mostrar completamente indiferente para a verificação do dano/evento, tendo-o provocado somente porque interferiram no processo causal concreto circunstâncias extraordinárias, anómalas ou excepcionais”

que não foram tomadas, não só não podemos saber com certeza se o acidente teria ocorrido com as mesmas consequências se tais medidas tivessem sido tomadas (embora possamos responder que provavelmente não, o que é suficiente para afirmar a imputação), como podemos nem sequer ser capazes de reconstruir toda a dinâmica do acidente (por exemplo, por que é que caiu? tropeçou? perdeu os sentidos?, etc.). Todavia, exigir com todo o rigor que se demonstre que a não observação das regras de segurança “em termos de fenomenologia real e concreta, deu origem ao dano”³⁹ afigura-se não só excessivo, representando uma espécie de retorno a uma causalidade material, como contraditório com o escopo das normas violadas, desatendendo a que a imputação do dano a essa conduta ilícita e culposa de violação das regras deve fazer-se sempre que não se demonstre a ocorrência de um facto anómalo, excepcional e imprevisível. Se, por exemplo, um trabalhador que não tinha a formação legalmente exigida para manusear explosivos morre numa pedreira ilegal, como é natural no desempenho de tais funções, quando estava sozinho a proceder ao rebentamento, em circunstâncias em que não é posteriormente possível esclarecer exatamente o que sucedeu, afigura-se-nos, ao contrário da decisão do Supremo Tribunal de Justiça⁴⁰, que a imputação deveria ter sido afirmada: se o trabalhador tivesse recebido a formação legalmente exigida, o risco reduzir-se-ia consideravelmente e não se demonstrou a existência de qualquer circunstância anómala e excepcional que explicasse o ocorrido.

Afigura-se-nos, pois, mais coerente com a função preventiva das normas violadas e o escopo destas a recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça, no sentido de que “[p]ara prova do nexu causal, basta a demonstração de que o sinistro é uma consequência normal, previsível da

³⁹ Ac. STJ de 08-05-2012, processo n.º 908/08.5TTBRG.P1.S1 (Sampaio Gomes).

⁴⁰ Ac. do STJ de 28-11-2012, processo n.º 43/08.6TTVRL.1.P1.S1 (Leones Dantas): “3. Não é de afirmar a responsabilidade agravada da empregadora quando não resultou provado no processo causal do acidente qualquer contributo para a sua ocorrência do incumprimento das normas de segurança que oneravam aquela entidade, concretamente, a falta de licenciamento da exploração da pedreira em que ocorreu o acidente e da utilização de explosivos na mesma, bem como a falta de um plano de segurança e de saúde e o facto de o sinistrado não estar habilitado com a cédula de operador de substâncias explosivas”.

violação das regras de segurança, independentemente de se provar ou não, com todo o rigor e extensão, a chamada dinâmica do acidente”⁴¹.

Sublinhe-se, também, que o artigo 18.º, n.º 1, prevê expressamente que havendo vários responsáveis, a sua responsabilidade será solidária. Como a nossa jurisprudência já teve ocasião de sublinhar trata-se de uma solidariedade passiva a que corresponde processualmente um litisconsórcio facultativo⁴². Resulta deste preceito que se um sinistrado ou os seus familiares intentam uma ação invocando que o acidente de trabalho se ficou, por exemplo, a dever a violação das regras de segurança no trabalho por uma entidade contratada pelo empregador daquele, esta entidade tem legitimidade passiva e não deve ser liminarmente absolvida da instância.

Com efeito, reproduzindo uma afirmação feita em outro momento, considerando o regime de responsabilidade solidária previsto no art.º 18.º da

⁴¹ Ac. STJ de 23-06-2023, processo n.º 179/19.8T8GRD.C1.S1 (Ramalho Pinto).

⁴² Ac. TRL de 28-06-2023, processo n.º 3230/19.8T8STB.L1-4 (Maria José Costa Pinto). No sumário deste Acórdão pode ler-se que “[s]endo solidária a responsabilidade das diversas entidades elencadas no artigo 18.º da LAT, inexistente preterição de litisconsórcio necessário se o sinistrado, ou os seus beneficiários legais, em caso de morte, demandam na ação o empregador e a sua seguradora e, não a entidade a quem o empregador prestava serviços de reparação de sistemas de frio, que, nas suas instalações, procedeu à elevação do trabalhador para o local em que o mesmo procedia à indicada reparação, usando um empilhador a que se encontrava acoplado um cesto que não era adequado à elevação de pessoas” e “[r]esultando dos autos que o cliente do empregador em cujas instalações o sinistrado prestava a sua atividade laboral procedeu à elevação do sinistrado para o local em que este desenvolvia o seu trabalho no indicado equipamento, do que resultou a queda do trabalhador e conseqüente morte, deveria o juiz determinar a intervenção na ação deste cliente do empregador, nos termos do artigo 127.º, n.º 1, do CPT, enquanto entidade eventualmente responsável pela reparação do sinistro por ter violado regras de segurança no trabalho, observando-se, após, o contraditório e procedendo-se à instrução e julgamento da causa com a sua nova configuração subjetiva”.

LAT em vigor, todos os responsáveis solidários podem e devem⁴³ agora

⁴³ Cfr. a respeito o Ac. TRE de 14-09-2023, processo n.º 3136/22.3T8FAR.E1 (Paula do Paço): “a ação especial de acidente de trabalho constitui o processo adequado para discutir e decidir sobre a verificação de um acidente qualificável como de trabalho, sobre a(s) entidade(s) responsável(eis) pela reparação do acidente e sobre as concretas prestações decididas ao sinistrado, salientando-se que o regime legal (processual e substantivo) aplicável a esta ação permite que se demandem, na mesma, todas as entidades que, potencialmente, possam ser reparáveis pela reparação do acidente”. Quando este estudo já se encontrava na fase de provas fomos surpreendidos pela prolação do Acórdão do STJ de 16-11-2023 no processo n.º 897/22.3T8PVZ-A.P1.S1 (Ana Paula Lobo) que afirmou que “[o]s juízos Cíveis são competentes, em razão da matéria, para conhecer do pedido de responsabilidade civil extracontratual, por factos ilícitos, no âmbito de uma atividade perigosa, relativa a deficientes condições de funcionamento e de segurança de um elevador, nos termos do disposto no artigo 493.º, n.º 2, do Código Civil, mesmo que a vítima fosse trabalhadora de uma das rés que não é demandada com base em responsabilidade contratual por falta de observação das regras de segurança no local de trabalho”.

A situação de facto objeto deste Acórdão refere-se à morte de uma trabalhadora de um restaurante, que o Acórdão expressamente refere que estava a trabalhar para uma das Rés, quando caiu no alçapão do elevador, vindo a morrer em resultado da queda. Do Relatório do Acórdão resulta também que o seu cônjuge intentou uma ação especial para a efetivação de direitos resultantes de acidentes de trabalho, aliás ainda pendente, contra o segurador de acidentes de trabalho em que apenas pediu um subsídio por morte, uma pensão, despesas de funeral e trasladação e despesas de deslocação ao tribunal. No tribunal civil veio pedir contra as duas empresas – ou seja, o seu empregador, mas aparentemente não nessa qualidade, e a empresa responsável pela manutenção do elevador, uma indemnização pelos danos não patrimoniais causados à vítima mortal e a si próprio enquanto cônjuge.

O Acórdão considerou que os tribunais cíveis eram competentes com os seguintes argumentos:

Não se aplicaria o artigo 18.º da LAT porquanto tal norma só se poderia aplicar “caso o acidente de trabalho haja resultado de falta de observação, por aqueles, das regras sobre segurança e saúde no trabalho, isto é, quando o objeto do litígio seja a inobservância de tais regras laborais” (itálico no original). Por outro lado, não haveria qualquer sobreposição entre os pedidos formulados no processo de acidente de trabalho e neste processo. Acresce que “a competência material do tribunal afere-se em função dos termos em que é formulada a pretensão do autor, incluindo os respetivos fundamentos e, no caso concreto, os contornos da relação material controvertida que o autor pretende ver dirimida, não incluem qualquer pormenor sequer que possa indicar estar em causa a relação laboral, ou que haja de ser convocada qualquer regra de direito laboral”. Afirma-se, igualmente, que “[o] Autor alicerçou o seu pedido na responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos no âmbito de uma atividade perigosa, no disposto do artigo 493.º, 2, do Código Civil e não na relação laboral ou na observação das regras de segurança no local de trabalho, ou que haja de ser convocada qualquer regra de direito laboral”. E remata-se afirmando que “[a] circunstância de a vítima ser trabalhadora da ré e estar a trabalhar no restaurante

passar a intervir na ação⁴⁴.

A este propósito escreveu Luís Azevedo Mendes que “Se a solidariedade passiva é agora reconhecida em relação a todas as prestações exigíveis (...), então no processo de acidente de trabalho devem ser demandados todos os co-obrigados, por todos os correspondentes credores”⁴⁵. E, por seu lado, Manuela Fialho aduziu que “em presença de um acidente culposo poderão ser chamados à ação, na qualidade de réus, o

ajuda apenas a perceber porque estava ali e porque usou o elevador, circunstância que admitimos se venha mesmo a revelar irrelevante para a solução do litígio. Os elevadores têm de oferecer condições de segurança a todos os que os possam utilizar sejam trabalhadores, clientes ou mesmo intrusos do restaurante”.

Pela nossa parte, entendemos, ao invés, que o artigo 18.º da LAT era perfeitamente aplicável e permitia o pedido de compensação por danos não patrimoniais. Ao interpretar-se a referência no artigo 18.º às regras sobre segurança e saúde no trabalho deve atender-se a que a Lei n.º 102/2009 (Regime Jurídico da Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho) se reporta às componentes materiais do trabalho (artigo 4.º alínea f), entre os quais se incluem, designadamente, “as máquinas, equipamentos e materiais”. Um elevador num restaurante, utilizado pelos trabalhadores é para este efeito um equipamento de trabalho, um equipamento para utilização profissional (artigo 13.º, n.º 1, da Lei n.º 102/2009) e a sua deficiente instalação ou manutenção uma violação das regras de segurança no trabalho. Se dos factos alegados e provados no processo resultar que a ação é proposta contra o empregador – ainda que pretensamente não como empregador – por um acidente sofrido por um trabalhador no tempo e local de trabalho trata-se, em princípio, de um acidente de trabalho que deve ser qualificado como tal e para a apreciação do qual são competentes tribunais de competência especializada, que são os tribunais de trabalho. Admitir que um acidente de trabalho possa desencadear um pedido de reparação contra o empregador como se não fosse um acidente de trabalho e tratando o empregador como um autor de um facto ilícito extracontratual é introduzir um sistema de cúmulo de responsabilidade que consideramos ser extremamente problemático dada a diferença de regime em múltiplos aspetos da responsabilidade civil por acidente de trabalho e da responsabilidade civil comum. Assim, e mesmo que seja aplicável, como era neste caso, o artigo 18.º da LAT, o acidente de trabalho está sujeito a regras especiais – considere-se, a título meramente exemplificativo, as regras sobre a descaracterização do acidente, bem diversas do artigo 570.º do Código Civil, o prazo prescricional ou a noção de força maior. A afirmação do concurso de responsabilidades permitirá ao lesado ou seus familiares escolher que aspetos do regime de acidentes de trabalho pretende evitar ou ao contrário reputa mais favoráveis, conduzindo, no limite, a um “esvaziamento” do artigo 18.º da LAT.

⁴⁴ VIRIATO REIS, “Especificidades do processo por acidente de trabalho”, comunicação apresentada no XI Colóquio do Supremo Tribunal de Justiça sobre Direito do Trabalho, que decorreu no dia 16-10-2019, consultável em: https://www.stj.pt/wp.content/uploads/2020/01/cdt2019_viriatoresispecificidadesprocessoacidentetrabalho.pdf.

⁴⁵ Obra e local citados, p. 143.

empregador, o subempreiteiro, a empresa utilizadora de trabalho temporário e as seguradoras respetivas”⁴⁶.

Ora, esse alargamento do espectro da legitimidade passiva pode redundar num incremento das situações em que o Juiz deva mandar intervir na ação outras entidades que possam ser responsáveis, nos termos do art.º 18.º da LAT, por força do poder dever previsto no n.º 1 do art.º 127.º do CPT^{47 48}.

E por outro lado, esse alargamento do âmbito da legitimidade passiva, permite que as partes suscitem a intervenção principal provocada de algum eventual responsável que não esteja na ação (art.º 316.º do CPC), o que o réu deve fazer na contestação, como se prevê na al. b) do n.º 1 do art.º 129.º do CPC⁴⁹. Note-se, ainda, que a intervenção da ou das entidades responsáveis pela reparação ao abrigo do art.º 18.º da LAT deve ter lugar logo na fase conciliatória do processo, se houver elementos que indiciem a verificação dos pressupostos da aplicação dessa disposição legal. Com efeito, como se prevê nos números 1 e 2 do art.º 108.º do CPT, o Ministério Público deve convocar para participarem na ten-

⁴⁶ Obra e local citados, p. 211.

⁴⁷ Tal como se decidiu no já citado Ac. TRL de 28-06-2023, processo n.º 3230/19.8T8STB. L1-4 (Maria José Costa Pinto), no qual se considerou estar-se perante um “poder que constitui um dever se perspectivarmos o seu dever de gestão processual, particularmente o dever [previsto] no artigo 27º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo do Trabalho de mandar intervir na acção qualquer pessoa”.

⁴⁸ Uma vez decidida numa ação por acidente de trabalho a responsabilidade do empregador apenas pelo risco, forma-se, como decidiu o Ac. TRE de 14-09-2023, processo n.º 3136/22.3T8FAR.E1 (Paula do Paço) caso julgado, não podendo admitir-se a existência e prosseguimento de uma ação declarativa com processo comum intentada pelo sinistrado ou sinistrada contra o mesmo empregador com fundamento na responsabilidade prevista no artigo 18.º da LAT.

⁴⁹ É exemplo disso o decidido no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25-06-2015, processo n.º 627/2.8TBBERG-A.G1 (Moisés Silva), conforme se pode ver pelo seu sumário, com o seguinte teor: “No processo especial para efetivação de direitos resultantes de acidente de trabalho, é admitida a intervenção de entidades diferentes das demandadas, quando ocorram dúvidas quanto a apurar qual delas é a responsável pela reparação dos danos emergentes do acidente de trabalho e em caso de violação de regras de segurança se daí resultar a responsabilidade solidária delas, nos termos do art.º 18.º da LAT.”

tativa de conciliação a seguradora e/ou a entidade empregadora (n.º 1), bem como “outras entidades” (n.º 2), se assim for necessário.

E para este efeito, o Ministério Público deverá, na instrução da fase conciliatória do processo, solicitar à Autoridade para as Condições de Trabalho a realização de um inquérito urgente e sumário sobre as circunstâncias em que ocorreu o acidente quando houver motivos para presumir que o acidente resultou da falta de observância das condições de segurança ou de saúde no trabalho ou que foi dolosamente provocado, como se disciplina nas alíneas c) e d) do n.º 2 do art.º 104.º do CPT.

Por outro lado, importa não olvidar que dispõe o art.º 17.º da LAT que se o acidente for causado por outro trabalhador ou por terceiro estes podem ser responsabilizados pela reparação dos danos “nos termos gerais”. O campo de aplicação desta norma, como é sabido, tem sido primacialmente nas situações dos acidentes que são simultaneamente de trabalho e de viação e tem particular relevância prática na justiça laboral quando se suscita a questão da inacumulabilidade de indemnizações devidas em consequência do acidente, prevista nos números 2 e 3 do referido art.º 17.º. Com efeito, caso tenha sido recebida indemnização do terceiro responsável, ou da respetiva seguradora, a desoneração, total ou parcial, do responsável pela reparação do acidente de trabalho deverá ser declarada no processo previsto no art.º 151.º do CPT.

Por isso, deve ter-se presente que só têm legitimidade para intervir no processo emergente de acidente de trabalho, enquanto responsáveis solidários pela reparação, a entidade empregadora, a respetiva seguradora e as demais entidades previstas no n.º 1 do art.º 18.º da LAT, não se podendo confundir nenhuma destas com o “terceiro” que se refere no art.º 17.º da LAT.

Pelo que, um eventual “terceiro” causador do acidente (ou uma seguradora para a qual o mesmo tenha transferido a sua responsabilidade), só pode ser demandado numa ação para efetivação de responsabilidade civil, na justiça cível, não tendo legitimidade passiva para intervir no processo de acidente de trabalho⁵⁰.

O artigo 18.º, n.º 1, da Lei n.º 98/2009 prevê hoje que no caso de responsabilidade agravada esta abrange “a totalidade dos prejuízos, patri-

⁵⁰ Com se decidiu no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18-11-2019, processo n.º 1507/18.9T8VLG-B.P1 (Paula Leal de Carvalho), no qual se aduziu que “(...) no caso de acidente causado por terceiros, estes apenas poderão responder, perante o sinistrado/beneficiário legal, nos termos gerais de direito e na ação cível que para o efeito seja

moniais e não patrimoniais, sofridos pelo trabalhador e seus familiares, nos termos gerais”. E o n.º 4 estabelece que a previsão de uma pensão anual ou indemnização diária, bem como das demais prestações devidas por atuação não culposa é feita “sem prejuízo do ressarcimento dos danos patrimoniais e dos prejuízos não patrimoniais”.

Com efeito, o artigo 18.º da Lei n.º 100/97, que não se referia aos danos sofridos pelos familiares do trabalhador, só ressaltava a compensação dos danos morais e previa simplesmente que “as prestações fixar-se-ão segundo as regras seguintes (...)”. Agora parece-nos inequívoco que o legislador quis que a totalidade do dano patrimonial sofrido, desde logo pelo trabalhador, pudesse ser reparado. Ora os danos patrimoniais não se limitam à perda da capacidade de trabalho ou de ganho normalmente contempladas na responsabilidade por acidente de trabalho como resulta da própria noção do artigo 8.º. Por força do acidente podem ter sido danificados ou destruídos outros bens do património do sinistrado, como, por exemplo, o seu relógio ou o seu vestuário. Mas acresce que a perda ou diminuição da sua capacidade de trabalho pode repercutir-se em outros danos que não se reduzem à perda da

contra eles intentada, mas não responderão perante o sinistrado/beneficiário legal pela reparação prevista na lei dos acidentes de trabalho (...)” e, em consequência, se decidiu que “(...) é de indeferir a intervenção requerida pela Ré empregadora, ao abrigo do art. 129º, nº 1, al. b), do CPT, de sociedade terceira, sem qualquer relação com a relação jurídico laboral existente entre a Ré empregadora e o sinistrado, nem se enquadrando em nenhuma das entidades referidas no art. 18º, nº 1, da LAT, mas que, segundo aquela, seria responsável pelo evento naturalístico que deu causa ao acidente.”

sua retribuição⁵¹ e projetar-se para além da idade da reforma⁵², danos que têm sido reparados nos tribunais cíveis – pense-se no trabalhador que tinha uma horta que cultivava, essencialmente, para consumo próprio, embora também ocasionalmente obtivesse algum dinheiro com o produto da venda de produtos da mesma. A despesa acrescida com a necessidade de adquirir os produtos que deixou de poder produzir e o lucro cessante da possível venda, ainda que ocasional, parece-nos deverem ser ressarcíveis, também nesta sede. E o mesmo se dirá, de resto, do dano biológico, independentemente da sua (controvertida) natureza. Atenda-se, também, ao próprio dano da morte do sinistrado, bem como os danos não patrimoniais sofridos diretamente pelos seus familiares. Cabendo, por isso, à justiça do trabalho ter em conta na fixação da indemnização pelos danos a jurisprudência cível, especialmente a relativa a casos de acidentes de viação, atendendo à obrigação de os tribunais, na aplicação do direito, terem em consideração os casos que mereçam tratamento análogo, com vista à interpretação e aplicação uniformes do direito, como decorre do n.º 3 do

⁵¹ Pense-se na eventualidade de não haver uma diminuição do rendimento, mas a necessidade de um esforço adicional para o obter. Para a jurisdição cível, há um dano patrimonial quando um acidente tiver “como consequência uma perda ou diminuição da capacidade funcional geral do lesado que, embora sem uma correlativa redução da capacidade de exercício da sua atividade profissional e sem repercussão nos rendimentos que nesta aufere, implique, como no caso do autor, um maior esforço ou penosidade no desempenho dessa atividade” (Ac. do STJ de 23-03-2021, processo n.º 1989/05.9TJ-VNF.G1.S1, Fernando Samões). Com efeito, “são reparáveis como danos patrimoniais, as consequências danosas resultantes da incapacidade geral permanente (ou dano biológico), ainda que esta incapacidade não tenha tido repercussão direta no exercício da profissão habitual” (Ac. do STJ de 06-04-2021, processo n.º 2908/18.8T8PNF.P1.S1, Fátima Gomes). Esta vertente patrimonial do dano biológico não se confunde, pois, e não se esgota na perda de capacidade de trabalho ou de ganho: “O dano biológico abrange um espectro alargado de prejuízos e incidentes na esfera patrimonial do lesado, incluindo a frustração de previsíveis possibilidades de desempenho de quaisquer atividades ou tarefas de cariz económico, mesmo fora da atividade profissional habitual, bem como os custos de maior onerosidade no exercício ou no incremento de quaisquer dessas atividades ou tarefas, com a consequente restrição de outras oportunidades de índole pessoal e profissional, no decurso de vida expectável” (Ac. STJ de 05-05-2020, processo n.º 30/11.7TBSTR.E1, Raimundo Queirós).

⁵² “Em sede de ressarcimento do dano patrimonial futuro, e tendo o dano repercussão sobre a necessidade de aquisição ou produção de rendimentos, por parte do lesado, deve ser ressarcido atribuindo um capital que se venha a esgotar no final da vida do lesado – “vida do lesado”, e não apenas a respetiva “vida ativa”, já que, mesmo na situação de pensionista, existem, na normalidade da vida, trabalhos e atividades que se desenvolvem e que envolverão um esforço necessariamente superior” (Ac. STJ de 29-04-2021, processo n.º 2648/18.8T8FNC.L1.S1 (Vieira e Cunha)).

art.º 8.º do Código Civil - v. g. o acórdão do STJ de 15-09-2022, processo n.º 2374/20.8T8PNF.P1.S (Fátima Gomes).

Por outro lado, sendo agora expressamente afirmado na norma legal que, para além do sinistrado, são também titulares do direito à indemnização os “seus familiares”, sendo que a indemnização por todos os prejuízos patrimoniais e não patrimoniais é devida “nos termos gerais” (parte final do n.º 1 do art.º 18.º), poderá haver lugar à intervenção no processo, do lado ativo, de familiares do sinistrado que não sejam os beneficiários legais previstos no art.º 57.º da LAT como titulares do direito à pensão por morte. Com efeito, outros familiares poderão reclamar o seu direito à indemnização de danos, sem que tenham direito a pensão nos termos previstos nos artigos 59.º a 61.º da LAT, especialmente os danos não patrimoniais em caso de morte do sinistrado, nos termos previstos no n.º 2 do art.º 496.º do Código Civil. Poderão, por isso, esses familiares do sinistrado ser partes na ação logo no início ou por via de intervenção principal espontânea, nos moldes previstos nos artigos 311.º e seguintes do CPC⁵³.

Dispõe o n.º 2 do art.º 12.º da LAT que são nulos os atos de renúncia aos direitos conferidos por essa Lei e prescreve o artigo 78.º da LAT que os créditos devidos pelo direito à reparação nela prevista são irrenunciáveis, tratando-se, por isso, do que usualmente se designa como direitos de existência e exercício necessários. Por outro lado, no plano processual, consta do art.º 74.º do CPT que o juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido quando devam ser aplicados “preceitos inderrogáveis” da lei.

Ora, como é sabido, é no domínio da reparação por acidentes de trabalho que mais frequentemente se impõe este dever cometido ao juiz de condenação para além do pedido, por estarem em causa normas inderrogáveis.

Entendemos, por isso, que o dever de condenação “extra vel ultra petittum” se impõe ao juiz também em caso de aplicação do art.º 18.º da LAT. Neste sentido se decidiu no acórdão do Tribunal da Relação de Évora

⁵³ Tal como espelha o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21-02-2018, processo n.º 295/14.2TTVRL.P1 (Jerónimo Freitas), em cuja ação foram condenadas solidariamente as entidades responsáveis a pagar a uma filha do sinistrado relativamente à qual não se verificavam os requisitos para ser considerada beneficiária legal ao abrigo da LAT uma indemnização por danos não patrimoniais, nos termos do art.º 18.º da LAT e do art.º 496.º, n.º 2, do Código Civil.

de 16-12-2021⁵⁴, bem como no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14-03-2022⁵⁵.

Deve, todavia, precisar-se que a condenação para além do pedido não poderá ser aplicada a todo o complexo indemnizatório que está previsto no art.º 18.º da LAT.

Com efeito, importa ter presente que o direito à reparação em consequência de acidente de trabalho devido ao trabalhador e aos seus familiares previsto nesse art.º 18 abrange a indemnização por todos os prejuízos, patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo trabalhador e seus familiares, nos termos gerais (parte final do seu n.º 1), as demais prestações devidas por atuação não culposa (segundo segmento do seu n.º 4) e as pensões e indemnizações agravadas (parte final do n.º 4 e as suas três alíneas). Ou seja, a indemnização por todos os danos patrimoniais e não patrimoniais é devida nos termos gerais da lei civil enquanto que as outras prestações e as pensões por morte e por incapacidade permanente e indemnizações por incapacidade temporária são as que estão expressamente contempladas na LAT.

Assim, as referidas outras prestações previstas na lei, por não serem objeto de qualquer agravamento no art.º 18.º, são devidas nos precisos termos em que estão reguladas em geral na LAT. Será, designadamente, o caso do subsídio por morte (art.º 65.º) e do subsídio por situação de elevada incapacidade permanente (art.º 67.º).

Por sua vez, as pensões por incapacidade permanente e por morte e as indemnizações por incapacidade temporária, cujos valores estão “tabelados” quando se trata da responsabilidade comum prevista na LAT, sendo devidas nos termos previstos no n.º 4 do art.º 18.º, continuam a ser “tabeladas”, embora com um aumento dos seus valores.

Em qualquer dessas situações, os montantes indemnizatórios devidos estão pré-estabelecidos na LAT e o tribunal pode aplicar as normas le-

⁵⁴ Acórdão do TRE de 12-05-2021, processo n.º 1956/18.2T8TMR.E1 (Emília Ramos Costa), no qual se escreveu que “(...) em obediência ao disposto no art. 74.º do Código do Processo do Trabalho, o tribunal ad quem possui legitimidade para proceder a uma condenação extra vel ultra petitem, condenando em valor superior àquele que constava da sentença recorrida.”

⁵⁵ Acórdão do TRP de 14-03-2022, processo n.º 316/14.9TUPRT.P2 (Teresa Sá Lopes), com o seguinte sumário: “II- Tratando-se de direitos indisponíveis, o montante devido pela reparação do acidente é de conhecimento oficioso, devendo o juiz fixá-lo de acordo com as normas legais aplicáveis aos factos provados, independentemente dos valores peticionados.”

gais que regulam essas prestações complementares, pensões e indenizações ainda que não tenham sido formulados os respetivos pedidos ou se os mesmos forem inferiores ao legalmente estabelecido.

O mesmo já não se poderá dizer relativamente aos danos patrimoniais e não patrimoniais que são devidos nos termos gerais de direito. Afigura-se-nos que quanto a estes, o trabalhador ou os seus familiares deverão necessariamente alegar os factos e formular o pedido, quantificando o montante da pretensão da condenação, não tendo nesta situação aplicação o art.º 74.º do CPT, pelo que não poderá o juiz substituir-se à parte e proferir uma decisão condenatória sem pedido ou em valor superior ao mesmo.

Deve, finalmente, analisar-se se o Fundo de Acidentes de Trabalho (FAT) pode ou não ser chamado a responder pelo pagamento das prestações indemnizatórias que sejam devidas ao abrigo do art.º 18.º da LAT.

Ao FAT compete garantir o pagamento das prestações que forem devidas por acidentes de trabalho sempre que, por motivo de incapacidade económica objetivamente caracterizada em processo judicial de insolvência ou processo equivalente, ou processo de recuperação de empresa, ou por motivo de ausência, desaparecimento ou impossibilidade de identificação, não possam ser pagas pela entidade responsável – alínea a) do n.º 1 do art.º 1.º do DL 142/99, de 30 de abril (sendo a última alteração a este diploma feita pelo art.º 98.º do DL n.º 18/2016, de 13 de abril).

Todavia, resulta também do referido DL 142/99 que “o FAT responde apenas pelas prestações que seriam devidas caso não tivesse havido actuação culposa” (n.º 5 do art.º 1.º) e que a sua responsabilidade não abrange as “indenizações por danos não patrimoniais” (n.º 4 do art.º 1, reforçando a previsão do n.º 5.).

Resulta, por isso, claro que o FAT não poderá ser chamado a substituir a entidade empregadora responsável nos termos do art.º 18.º da LAT, quer quanto à totalidade dos danos patrimoniais e não patrimoniais (n.º 1 do art.º 18.^a) quer quanto às pensões e indenizações com valor agravado (n.º 4 do art.º 18.^o)⁵⁶.

⁵⁶ Assim se escreveu no acórdão do STJ de 09-02-2022, processo n.º 1755/15.3T8CTB-D. C1.S1 (Paula Sá Fernandes) que “(...) nos casos, como o dos autos, em que se considerou que o acidente ocorreu em resultado da inobservância por parte da entidade empregadora das regras sobre segurança e saúde no trabalho, o artigo 1.º, n.º5 do Decreto-Lei n.º 142/99, de 30 de Abril restringe o âmbito da responsabilidade do Fundo às prestações que seriam devidas se não houvesse responsabilidade agravada.”

Mas já não poderá considerar-se exonerado relativamente às prestações devidas por atuação não culposa, a cujo pagamento seja obrigada a entidade empregadora, podendo o FAT responder pela totalidade dessas prestações se a entidade empregadora não tiver validamente transferido a sua responsabilidade para uma seguradora ou nos termos previstos do n.º 5 do art.º 79.º da LAT, havendo insuficiência de transferência dessa responsabilidade⁵⁷.

À guisa de conclusão deste breve estudo, pensamos poder afirmar que o artigo 18.º da LAT, representando um retorno à hipótese por assim dizer “normal” da responsabilidade civil fundada na culpa, suscita não só questões delicadas na sua interpretação, como um leque de problemas relativamente à sua articulação com o restante regime da LAT concebido para uma responsabilidade objetiva e para a reparação de um dano mais limitado.

⁵⁷ Como também foi decidido no acórdão do TRP de 18-09-2023, processo n.º 958/16.8T8PNF.P1 (António Luis Carvalhão), como se alcança do sumário: “As prestações que ao FAT compete garantir são as previstas no art.º 23º da LAT, mas delas serão apenas aquelas que caiba à entidade empregadora assegurar na situação específica do n.º 5 do referido art.º 79º da LAT (...)”.



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

CÍVEL

SOCIAL

CRIMINAL

CULTURAL

JURISPRUDÊNCIA

Imputabilidade diminuída, imputabilidade duvidosa. Nulidade da sentença.

JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

RESUMO: Partindo do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-02-2023, Proc. n.º 799/21.OJAPDL.S1, o presente texto revisita algumas questões em torno da imputabilidade e da inimputabilidade penal em razão de anomalia psíquica. Analisa-se, em particular, a figura da “imputabilidade diminuída”, que o tribunal recorrido considerou provada, concluindo-se que esta se traduz em “imputabilidade duvidosa” e, conseqüentemente, pela nulidade do acórdão recorrido por omissão de pronúncia quanto ao esclarecimento da dúvida sobre a questão da imputabilidade do arguido.

PALAVRAS-CHAVE: Imputabilidade, inimputabilidade, imputabilidade diminuída, anomalia psíquica, culpa, nulidade do acórdão, omissão de pronúncia.

ABSTRACT: Starting from judgement of the Supreme Court of Justice dated 15-02-2023, Case no. 799/21.OJAPDL.S1, this intervention revisits some issues concerning accountability and lack of criminal accountability due to psychological anomaly. Analysing, in particular, the figure of 'diminished accountability' it is concluded that the judgement under appeal is null and void due to a failure to rule on the issue of the defendant's accountability.

KEY WORDS: Accountability, lack of accountability, diminished accountability, psychological anomaly, guilt, nullity of the judgment, failure to rule.

1. Esta intervenção, convida a visitar algumas questões complexas e controversas em torno da imputabilidade e da inimputabilidade penal em razão de anomalia psíquica, tendo em conta o disposto no artigo 20.º, n.º 2, do Código Penal (CP), segundo o qual «*pode ser declarado*

inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída»¹.

O objetivo é o de partilhar algumas ideias e reflexões e estimular algumas novas/velhas interrogações sobre este tema – um dos difíceis temas do direito penal, como é geralmente reconhecido – a partir do tratamento jurisprudencial e doutrinário da chamada «imputabilidade diminuída». Tomando por base o recente acórdão de 15.2.2023, num caso em que o tribunal da condenação concluiu que o arguido agiu com imputabilidade diminuída na prática de um crime de homicídio qualificado tentado, de grande violência, cometido contra a sua mulher, e tendo em consideração a jurisprudência do STJ nesta matéria, e, inevitavelmente, o pensamento, neles projetado, dos autores dos Projetos do Código Penal de 1982-1995 (EDUARDO CORREIA e FIGUEIREDO DIAS), em que se equacionam as relações entre imputabilidade diminuída, culpa e determinação da pena.

¹ Segue-se, na exposição, o recente acórdão deste STJ, de 15.2.2023, Proc. n.º 799/21.OJA-PDL.S1, de que fui relator, também subscrito pela Conselheira Teresa Fêria e pelo Conselheiro Paulo Ferreira da Cunha (publicado na base de dados de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, em www.dgsi.pt). No caso, o arguido, que havia sido condenado pela autoria material e na forma consumada de um crime de violência doméstica agravado, previsto e punido pelo artigo 152.º, n.ºs.1, al. a), e 2, al. a), do Código Penal, na pena especialmente atenuada (em razão da sua imputabilidade diminuída) de 2 anos e 6 meses de prisão, pela autoria material e na forma tentada de um crime de homicídio qualificado, previsto e punido pelos artigos 22.º, n.ºs.1 e 2, al. a), 23.º, n.º.1, 72.º, n.º.1, 73.º, n.ºs.1 e 2, 131.º, 132.º, n.ºs.1 e 2, al. b), do Código Penal, na pena especialmente atenuada (em razão da sua imputabilidade diminuída) de 6 anos de prisão, e, em cúmulo, na pena única de 7 anos e 4 meses de prisão. Defendia o recorrente, em síntese, que o acórdão recorrido errara na qualificação jurídica ao integrar os factos na previsão do tipo de crime de homicídio qualificado do artigo 132.º do Código Penal, que constitui um tipo de culpa agravado, por a especial perversidade ou censurabilidade da conduta do agente, que justifica a qualificação, não ser compatível com o facto de a sua culpa ser diminuída por força da anomalia psíquica que afetava a sua capacidade de valoração e de determinação, como resultava do ponto 2 da matéria de facto provada do qual consta que “agiu com imputabilidade diminuída”. Esta “diminuição da capacidade de avaliação” haveria de “refletir um menor grau de culpa” e, por isso, afastaria o juízo de especial censurabilidade ou perversidade exigido pelos exemplos previstos no n.º 2 do artigo 132.º do Código Penal, pois que “entender que a especial censurabilidade e a imputabilidade diminuída podem coexistir no mesmo caso constitui uma verdadeira incoerência”, dizia o recorrente.

2. Neste caso, o arguido foi condenado numa pena especialmente atenuada, «em razão da sua imputabilidade diminuída», pela autoria de um crime de homicídio qualificado, na forma de tentativa, nos termos dos artigos 72.º, n.º 1, 73.º, n.ºs 1 e 2 (que determinam os termos da atenuação especial da pena), 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, al. b) (prática do facto contra cônjuge), do Código Penal.

De acordo com a matéria de facto provada, o arguido, depois de discutir com a sua mulher, com quem está casado e com quem vive há mais de 20 anos, acusando-a de manter relações com outros homens, e de anunciar que se iria suicidar com uma faca que a mulher conseguiu retirar-lhe das mãos, agarrou-a pelo pescoço, atirou-a ao chão, colocou-se em cima dela, pegou numa navalha que retirou do bolso, e com ela desferiu vários golpes na zona da cabeça, do pescoço, do peito e da axila esquerda, junto ao coração, com o propósito de lhe tirar a vida. Só não atingiu o coração ou cortou artérias e veias da zona do pescoço da ofendida, provocando-lhe a morte, porque o filho de ambos ouviu os gritos da mãe e acorreu em seu socorro.

Só que, para além disso, na descrição dos factos provados foi dado como provado que, realizada perícia psiquiátrica ao arguido, a perita psiquiatra concluiu «que o arguido tem um diagnóstico de esquizofrenia paranoide desde há nove anos e tem, como comorbilidade, uma dependência de substâncias ilícitas desde os 16 anos de idade», que «à data dos factos o arguido teria feito consumo de substâncias ilícitas, nomeadamente “droga sintética”, substância esta que, no entanto, não foi detetada na análise efetuada ao mesmo na data dos factos por não ser detetável», que «na data dos factos o arguido estaria sob influência de substâncias psicoativas que interferiram com a sua capacidade de avaliação dos factos, diminuindo a sua capacidade de se determinar de acordo com essa avaliação, devendo ser considerado que agiu com uma imputabilidade diminuída», que, «tendo em conta o historial de consumos, de comportamentos agressivos e a patologia grave de que padece, existe uma forte possibilidade de que se se mantiverem consumos regulares de substâncias psicoativas, atos como os acima descritos se voltem a repetir.»

3. Recorreu o arguido diretamente para o STJ por, além do mais, discordar da qualificação jurídica dos factos provados quanto ao crime de homicídio, em virtude de o tribunal ter dado como provado que agiu com «imputabilidade diminuída», e da pena aplicada.

Veio dizer que, tendo sido dado como provado que agiu com imputabilidade diminuída, que se traduz na diminuição da capacidade de avaliação, essa dificuldade de avaliação reflete um menor grau de culpa, o que, por isso, afasta o juízo de especial censurabilidade ou perversida-

de exigido pelo artigo 132.º do C.P. Pois que, defendia, entender que a especial censurabilidade e a imputabilidade diminuída podem coexistir no mesmo caso constitui uma verdadeira incoerência.

Concluía, assim, que a conduta deveria ser reconduzida ao tipo legal base do crime de homicídio, do artigo 131.º do CP.

4. No STJ, o Ministério Público acompanhou, nesta parte, a argumentação do recorrente, emitindo parecer no sentido da procedência do recurso, dizendo, no essencial, que o tribunal não deveria ter integrado os factos na previsão do artigo 132.º, mas sim no tipo base de homicídio do artigo 131.º do CP.

Argumentou que a chamada imputabilidade diminuída pressupõe e exige a existência de uma anomalia ou alteração psíquica que afete o agente e interfira na sua capacidade para avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação e que essa diminuição da capacidade de avaliação haveria de refletir um menor grau de culpa, e que a qualificação do homicídio assenta num juízo de especial censurabilidade ou perversidade sobre a conduta do agente, constituindo os exemplos previstos no n.º 2 do artigo 132.º do CP indícios dessa culpa agravada, que podem ser afastados por outras circunstâncias, sendo que uma dessas circunstâncias que impedem a comprovação da culpa agravada é precisamente a imputabilidade diminuída do agente.

Neste sentido, convocou uma conhecida monografia sobre «*Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída*»² e 4 acórdãos do STJ: de 18.10.2006 (processo n.º 06P2679), de 18.02.2009 (processo n.º 08P3775), de 06.01.2010 (processo n.º 238/08.2JAAVR.C1.S1), de 27.05.2010 (processo n.º 6/09.4JAGRD.C1.S1) e de 21.06.2012 (processo n.º 525/11.2PBFAR.S1).

Assim, concluiu que «a imputabilidade diminuída deve, na determinação da pena, entrar, conjuntamente com todas as demais circunstâncias, na ponderação global a que se refere o n.º 2 do artigo 71.º do CP, ou inclusivamente na avaliação do circunstancialismo que fundamenta a atenuação especial da pena, nos termos do art. 72.º do CP.».

Sem, neste momento, pretender avançar no aprofundamento deste tema, convirá, todavia, dizer que a jurisprudência tem enveredado em sentido diverso, aceitando ou decidindo que o crime de homicídio voluntário qualificado pode ser praticado por quem tem imputabilidade diminuída.

² ELISABETE AMARELO MONTEIRO, Coimbra Editora, 1.ª edição, março de 2012.

5. Eram, pois, duas as questões colocadas no recurso: a da qualificação jurídica dos factos e a da determinação da medida da pena.

Subjacente a estas questões colocava-se uma outra, que o STJ teve de enfrentar, e que se traduzia em saber se à imputabilidade diminuída corresponde ou não uma culpa diminuída.

O que remetia para a definição do conceito e sede legal da imputabilidade diminuída e para a conceção de culpa acolhida no Código Penal.

6. Sintetizando o caso que nos foi colocado:

A tese de que a imputabilidade diminuída, por o agente do crime ser portador de anomalia psíquica, se liga a uma conceção de culpa como «poder de agir de outra maneira», como capacidade individual de motivação de acordo com a norma, conduziria, inevitavelmente, à obrigatória atenuação da pena.

A tese de que a imputabilidade diminuída, por o agente ser portador de anomalia psíquica, corresponde a uma imputabilidade «duvidosa» (na expressão de FIGUEIREDO DIAS) e se liga a uma conceção da culpa associada à censura pela personalidade desvaliosa projetada no facto impunha que se esclarecesse se o agente do crime era ou não imputável no momento da prática do facto e com referência a esse facto; sendo o agente considerado imputável, a pena tanto poderá ser atenuada como agravada, de acordo com as circunstâncias, nos termos gerais.

O acórdão do STJ optou por esta segunda via e, em consequência, declarou a nulidade do acórdão recorrido por omissão de pronúncia, por o tribunal da condenação não ter esclarecido a dúvida sobre a imputabilidade, com as necessárias consequências legais.

Acabando, assim, por não se pronunciar sobre as questões da incriminação e da determinação da pena colocadas no recurso.

7. Vejamos então a argumentação que levou a esta conclusão, começando por lembrar o artigo 20.º do CP.

Dispõe este preceito, sob a epígrafe «*Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica*» que:

«1 - *É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.*

2 - *Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem*

que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída.

3 - A comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas pode constituir índice da situação prevista no número anterior.

4 - A imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo agente com intenção de praticar o facto.»

Incluída no Capítulo do Código Penal referente aos denominados «pressupostos da punição» do facto, a inimputabilidade constitui, na formulação de FIGUEIREDO DIAS, seguida por outros autores, «mais do que uma causa de exclusão, verdadeiramente um obstáculo à determinação» ou «à comprovação da culpa»³.

Neste sentido, evidencia o Professor Figueiredo Dias algumas ideias estruturantes que importa ter presentes na determinação do sentido e alcance do artigo 20.º do CP e na sua relação com as regras de determinação da pena (artigos 71.º e 72.º do CP) e com disposições da parte especial do Código Penal contendo «tipos de culpa» (como é o caso do homicídio voluntário qualificado – artigo 132.º CP). Destacam-se as seguintes:

- A distinção entre imputabilidade e inimputabilidade não se deve estabelecer sobre «a fronteira hipotética que separaria ações livres e ações não livres», pois que «no psiquicamente enfermo ou anómalo há um ‘princípio pessoal’ que permanece intocado ou não é ao menos destruído pela anomalia mental»;

- Na inimputabilidade não se trata «de uma supressão da liberdade e da consequente responsabilidade geral do inimputável», que «continua a ser uma pessoa e, portanto, a deter a ‘capacidade’ de fundamentar os factos por si próprio e de responder por eles»⁴;

³ Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, GestLegal, 2019, p. 666-667. Cfr. também PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed. Católica Editora, p. 179, MIGUEZ GARCIA/ CASTELA RIO, *Código Penal Parte Geral e Especial*, Almedina, 2014, p. 154, TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral*, 2.ª ed. Coimbra Editora, 2104, p. 469.

⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra Editora, 3.ª ed., 1995, p. 188.

- O substrato biopsicológico da inimputabilidade (a anomalia psíquica) – cuja determinação é tarefa do perito psiquiatra, em diálogo com o juiz –, que “nada tem a ver com a liberdade da vontade”, “aliado a um certo efeito sobre a personalidade do agente, destrói as conexões reais e objetivas de sentido que ligam o facto à pessoa do agente, a tal ponto que o seu ato pode ser (causalmente) ‘explicado’, mas não pode ser compreendido como ‘facto de uma pessoa’»;

- Nesta compreensibilidade do facto se traduz o processo de determinação, que constitui tarefa do juiz (auxiliado pelo perito) do denominado ‘elemento normativo’ da inimputabilidade, isto é, da capacidade de o agente “avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação” (artigo 20.º, n.º 1)⁵.

8. Como é unanimemente reconhecido, a figura da «imputabilidade diminuída» não se encontra, enquanto tal, prevista no Código Penal. Em vez disso, o artigo 20.º, n.º 2 estabelece que pode ser declarada a inimputabilidade do arguido nas situações e condições especificadas neste preceito – «pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída».

O artigo 20.º, n.º 2, do CP teve origem no artigo 18.º do Projeto do Código Penal (1963) de EDUARDO CORREIA, que visava contemplar uma «inimputabilidade jurídica», a qual teria lugar apenas «quando o imputável diminuído fosse efetivamente perigoso, em virtude da tendência que o arrasta para o crime»⁶. Pretendia-se estabelecer um regime diferenciado, baseado na perigosidade, uma “resposta *taylor made*” (feita à medida)⁷, ressaltando-se a situação de “portadores de psicopatias leves e neuroses”, que são imputáveis, mas que, em virtude da anomalia psíquica, “se não compadecem com o regime dos estabelecimentos prisionais”, devendo ser internados em estabelecimentos destinados a inimputáveis⁸.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, GestLegal, 2019, p. 666-679.

⁶ Cfr. “*Nota informativa sobre o Projecto da Parte Geral do Código Penal de 1963*”, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 127, Coimbra, p. 71, e *Actas da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, Lisboa, 1979, p. 164.

⁷ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Lisboa, Universidade Católica, 3.ª ed. p. 181, citando as Actas da Comissão Revisora.

⁸ *Id. ibid.* (supra, 6).

Desta forma se dava nova configuração normativa à tradicional «imputabilidade diminuída», afastando-se uma “terceira via” – uma «semi-imputabilidade»⁹, entre a inimputabilidade e a imputabilidade, que imporia, como consequência, uma cláusula geral de atenuação da pena –, substituída por uma solução que passou a conferir ao julgador a possibilidade de optar por uma de duas hipóteses:

A declaração de inimputabilidade (uma «ficção jurídico-penal», como lhe chamam alguns autores¹⁰) com as respetivas consequências – aplicação de uma medida de segurança, nos termos gerais: o agente do crime é mandado internar pelo tribunal em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, sempre que, por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado, houver fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie (artigo 91.º, n.º 1, do CP); ou

A não declaração de inimputabilidade, sendo, nos termos gerais, avaliada a culpa do agente, com a resultante graduação da pena, que não corresponderá, automaticamente, à atenuação da pena¹¹.

Donde resulta que a não declaração de inimputabilidade oferece ao juiz a possibilidade de, com flexibilidade, atender aos critérios gerais de culpa e de prevenção na decisão sobre a determinação da medida da pena (artigo 71.º do CP), podendo optar por uma pena atenuada, agravada ou, sendo caso disso, por uma pena especialmente atenuada (artigo 72.º do CP), ou, ainda, verificados os respetivos pressupostos, pela aplicação de uma pena relativamente indeterminada sempre que a avaliação conjunta dos factos praticados e da personalidade do agente revelar uma acentuada inclinação para o crime, que no momento da condenação ainda persista (artigo 83.º do CP).

⁹ Assim, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, I*, Verbo, 1987, p. 196.

¹⁰ TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais*, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2014, p. 91, seguindo Cavaleiro de Ferreira, *loc. cit.*.

¹¹ Seguindo a síntese de MAIA GONÇALVES: «Se o agente não for declarado inimputável, por ainda ter capacidade para avaliar a ilicitude do facto e para se determinar de acordo com essa avaliação, não sensivelmente diminuída, mas em todo o caso de algum modo diminuída, não diz o Código se essa imputabilidade diminuída deve ou não obrigatoriamente conduzir a uma pena atenuada. E parece que o não deverá, devendo cada caso aqui ser apreciado dentro das determinantes gerais dos fins e da medida da pena» (*Código Penal Português Anotado e Comentado*, 15.ª edição, Coimbra, Almedina, p. 113). Cfr. RITA ALEXANDRE DO ROSÁRIO, *A «Imputabilidade Diminuída» no Direito Penal Português*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, p. 51.

9. Num percurso histórico, que fundamenta esta conclusão, convocou-se o pensamento de EDUARDO CORREIA e FIGUEIREDO DIAS, que conforma o Código Penal e de que se colhem elementos que se afiguram essenciais. Assim:

- (a) Fazendo apelo a uma “culpa referida à personalidade do agente”, ensinava EDUARDO CORREIA: “onde por um lado a dificuldade de preparação é maior”, “em face de uma forte inclinação” ou “tendência para o crime”, “parecendo, portanto, ser menor a culpa do agente e menos severa a reação criminal que lhe há de corresponder, aí mesmo a intensidade do dever, e por isso a culpa pela sua violação, será mais grave, exigindo-se uma censura maior e uma maior pena. Nisto reside a justificação da mais pesada punição do imputável diminuído perigoso”, pois que “o pensamento da imputabilidade diminuída como uma circunstância atenuante da pena afastaria da punição normal justamente todos os indivíduos com uma natureza propriamente criminosa. Seria a paralisia de uma enérgica reação criminal onde ela se mostra mais precisa”¹².

No mesmo sentido, notando a “contradição” que implicaria reduzir o problema à medida da pena, concluía FIGUEIREDO DIAS (1981) pela rejeição da ideia de que “todo o imputável diminuído tem menor culpa e deve, portanto, ver a sua pena obrigatoriamente atenuada”. Pelo contrário, “muitos imputáveis diminuídos não devem ver a sua pena atenuada em função da sua menor capacidade”, mas tirando daí a consequência de que “também o problema da imputabilidade diminuída aponta para um conceito de culpa como algo diferente da mera capacidade individual de o agente se deixar motivar pela norma”. Defendendo que “[é] a personalidade censurável, atualizada no facto praticado, que fundamenta o juízo de culpa”¹³.

- (b) Assim se justifica que o legislador “ofereça ao juiz uma norma flexível que lhe permita considerar nestas hipóteses o delinquente imputável ou imputável” e que se passem a considerar “de verdadeira inimputabilidade a generalidade das hipóteses tradicionalmente consideradas de imputabilidade diminuída” – aqui se incluindo as “doenças mentais” ou “psicoses em sentido estrito”,

¹² *Direito Criminal I, cit.*, pp. 358-359.

¹³ *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, Coimbra Editora, e *Posfácio da Segunda Edição* (1981), 3.^a ed., 1995, p. 72-73, 175-176, 197-198 e 233ss; *Id. ibid.*, *Posfácio da segunda edição, Culpa e Personalidade*, p. 260-261.

como a esquizofrenia¹⁴. Porém, embora o legislador, ao oferecer um critério flexível, não tenha ido tão longe¹⁵, se, por um lado, se procede, por esta via, ao alargamento dos casos de inimizabilidade, importa notar que¹⁶ a declaração de inimizabilidade não abrange todo o campo da dita inimizabilidade diminuída, mas só aquela que é proveniente de “anomalia psíquica grave, permanente e indomável”, cujos efeitos o agente não domina sem que por isso possa ser censurado.

- (c) No caso de o juiz concluir pela não inimizabilidade, a lei não diz que a pena deva ser atenuada. Sempre que as qualidades de carácter do imputável diminuído, para além da perigosidade naturalística que porventura contenham, acentuem a desconformação entre a personalidade do agente e a suposta pela ordem jurídica, elas agravam a sua culpa e por conseguinte também a sua pena. O que sucederá quando as qualidades pessoais do agente que fundamentam o facto “se revelem, apesar da diminuição da inimizabilidade, particularmente desvaliosas e censuráveis, v.g., em casos como os da brutalidade ou crueldade que acompanham muitos factos dos psicopatas insensíveis, os da inconstância dos lábeis ou os da pertinácia dos fanáticos”¹⁷.
- (d) Na linha de uma culpa concebida como ‘poder de agir de outra maneira’, como capacidade individual de motivação de acordo com a norma, a solução seria simples e óbvia: à diminuição daquela capacidade haveria de corresponder necessariamente uma diminuição da culpa e por conseguinte uma obrigatória atenuação da pena. “Não é este, porém, o problema da inimizabilidade diminuída. Como hoje se vai reconhecendo já, não se trata aqui de uma “diminuição” da inimizabilidade na aceção de um seu grau menor. Do que se trata é antes, verdadeiramente, de casos de inimizabilidade duvidosa, no particular sentido de que neles se comprova a existência de uma anomalia psíquica, mas sem que se tornem claras

¹⁴ Na categorização de EDUARDO CORREIA, seguindo Mezger e Barahona Fernandes, em *Direito Criminal I*, cit. p. 337-339.

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, GestLegal, 2019, cit., p. 686.

¹⁶ De acordo com o pensamento de Eduardo Correia (*loc. cit.* p. 356), e como expressamente reconhece FIGUEIREDO DIAS (*Jornadas de Direito Criminal*, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 77. Ainda *loc. cit.* (13).

¹⁷ *Loc. cit.*, que se vem seguindo, p. 197-200, e *Jornadas...*, *loc. cit.*, *Liberdade...*, cit. p. 199, e *Posfácio... cit.* p. 271.

as consequências que daí devem fazer-se derivar relativamente ao elemento normativo-compreensivo exigido; casos pois em que é duvidosa ou pouco clara a compreensibilidade das conexões objetivas de sentido que ligam o facto à pessoa”. Se o agente for considerado imputável, “então as qualidades pessoais do seu carácter entram no objeto do juízo de culpa e por elas tem o agente de responder. Se essas qualidades forem especialmente desvaliosas elas fundamentarão uma agravação da culpa e um (eventual) aumento da pena; se, pelo contrário, elas fizerem com que o facto se revele mais digno de tolerância e aceitação jurídico-penal, poderá justificar-se uma atenuação da culpa e uma diminuição da pena”¹⁸.

- (e) No direito português, que opta por um sistema monista de reações criminais, diferentemente do que sucede em sistemas que nos são próximos, que adotam sistemas dualistas, ao delinquente a quem é aplicada uma pena não se aplica, cumulativamente, uma medida de segurança, para responder às necessidades de prevenção. Recorrendo ao pensamento de EDUARDO CORREIA, e acompanhando MARIA JOÃO ANTUNES¹⁹, dir-se-ia que, quanto maior é a tendência para o crime, e, portanto, menor a sua culpa referida ao facto, maior será a culpa pela não formação da personalidade, porque mais censurável a omissão do dever de a tratar, e, conseqüentemente, maior a punição – o que significa que a pena aplicada, por comparação com a do delinquente ‘plenamente’ imputável, não tem de ser necessariamente atenuada, podendo ser mesmo agravada, “com o que são satisfeitas as exigências de prevenção especial, muito embora sem a elas ser feito apelo direto”.

10. O que vem de se expor sobre o tratamento normativo da «imputabilidade diminuída», que reflete um «pensamento original de Eduardo Correia»²⁰, permite firmar a conclusão de que a pena aplicável ao agente de um crime com «imputabilidade diminuída», não declarado inimputável, não tem de necessariamente ser atenuada. À «imputabilidade diminuída» não corresponde necessariamente uma diminuição da culpa; pode, como se viu, justificar a agravação da pena, nos termos gerais (artigo 71.º do CP), ou mesmo, verificados os respetivos pressupostos, a aplicação de uma pena relativamente indeterminada, pelas qualidades

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 3.ª ed., 2019, cit., p. 683-684

¹⁹ *O Internamento de Imputáveis em Estabelecimentos Destinados a Inimputáveis*, Coimbra Editora, 1993. p. 31-35.

²⁰ Como afirma FIGUEIREDO DIAS, in *Jornadas, loc. cit.*).

personais desvaliosas e censuráveis de personalidade projetadas, documentadas e reveladas no facto ilícito típico.

Como se tem afirmado em jurisprudência reiterada, uma conceção da imputabilidade diminuída fundada na diminuição da culpa não tem correspondência na lei penal vigente²¹.

Concluir pela «imputabilidade diminuída», que, em substância, se traduz em «imputabilidade duvidosa», não significa, pois, considerar automaticamente que o arguido é imputável. Tal como não significa concluir pela equiparação automática à inimputabilidade. Significa apenas que permanece a ‘dúvida’ sobre a imputabilidade.

A declaração de inimputabilidade ou não imputabilidade dependerá sempre de uma decisão judicial, e não clínica, quando se mostrem verificados os respetivos pressupostos legais (artigo 20.º, n.º 2, do CP): (a) que o agente padeça de anomalia psíquica grave não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado; e (b) que, por força da anomalia psíquica grave, a capacidade do agente para avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com ela se encontre sensivelmente diminuída, no momento da prática do facto (incluindo-se aqui os estados psicóticos residuais da linha da esquizofrenia e a dependência de substâncias durante uma síndrome de abstinência²²).

O artigo 20.º, n.º 2, do CP oferece, pois, ao julgador “uma norma flexível”, “que lhe permite, em casos graves e não acidentais” – como nas “psicoses endógenas” (incluindo a esquizofrenia; de notar que, de acordo com a ciência médica, “são as síndromes esquizomorficas que mais frequentemente levam à presença de pressupostos médico-legais de inimputabilidade, se existir relação entre os sintomas psicóticos e os atos ilícitos praticados”²³) –, “considerar o agente imputável ou inimputável”.

Assim, a opção entre imputabilidade e inimputabilidade “será lograda quando se decide sobre se o agente pode ou não ‘ser censurado’ por não dominar (‘falta de controlo’) os efeitos da anomalia psíquica. E ainda em função de um outro elemento, a saber, o de o juiz considerar

²¹ Por todos, o acórdão de 19.06.2019, Proc. 291/17.8JAAVR.P1.S1 (Manuel Augusto de Matos) e jurisprudência nele citada].

²² FERNANDO VIEIRA/ANA SOFIA CABRAL/ANTÓNIO JOÃO LATAS, in *Manual de Psiquiatria Forense*, Fernando Vieira *et alii*, Pactor, 2017, p. 154.

²³ *Id. ibid.*, p. 153.

que para a socialização do agente será preferível que este cumpra uma pena ou antes, eventualmente, uma medida de segurança. É neste preciso contexto que deve interpretar-se o disposto no art. 20.º-3”²⁴.

11. Identificada a «anomalia psíquica» de que o arguido é portador no momento da prática do facto e que constitui o substrato “biológico” ou “biopsicológico” em que se funda o juízo de imputabilidade ou inimputabilidade, cabe, pois, ao juiz apreciar e decidir se o arguido é imputável ou inimputável, daí extraindo as consequências legalmente devidas. Sob pena de, não o fazendo, omitir pronúncia sobre questão que tem o dever de apreciar, que constitui motivo de nulidade da sentença, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, al. c), do CPP²⁵.

O juízo de imputabilidade ou inimputabilidade «não se baseia apenas num substrato biopsicológico, mas também num elemento normativo, pelo que “[é] ainda e sempre necessário determinar se aquela anomalia é uma tal que torne impossível o juízo judicial de compreensão, de apreensão da conexão objetiva de sentido entre a pessoa e o seu facto; que o torne impossível ou, ao menos, altamente duvidoso”²⁶. A distinção entre modos de atuação “compreensíveis segundo o sentido” e modos de atuação só “causalmente explicáveis” é cientificamente aceitável e dominável pelos peritos. Por isso deve esperar-se destes um auxílio decisivo para o juiz também quanto à comprovação do elemento normativo: aqui, porém, a última palavra pertencerá sempre ao juiz e a sua capacidade de crítica material será irrestrita, nesta parte e medida continuando a caber-lhe com justeza o cognome de *peritus peritorum*”²⁷.

“O que o perito e o juiz têm, pois, de fazer – no sentido de uma ‘tarefa cooperativa’ em que a última palavra pertence sempre ao juiz – é tentar uma espécie de racionalização retrospectiva de um processo psicologicamente anómalo. Se a tentativa é lograda o agente deve, apesar da anomalia psíquica de que eventualmente sofre, da sua origem e da sua

²⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo 1*, 3.ª ed., GestLegal, 2019, 21/§§31 e 51, p. 674 e 686.

²⁵ Como se decidiu no acórdão de 23.03.2017 (Helena Moniz), Proc. 826/14.8PVLSB.L1, que se acompanhou.

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, 21/ § 27, p. 573.

²⁷ *Id. ibid.*, p. 573-4.

gravidade, ser considerado imputável. Se a tentativa falhar o agente deve ser considerado inimputável”²⁸.

12. Relembrando os factos provados, o acórdão recorrido remetia essencialmente para o relatório da perícia psiquiátrica realizada – donde constava que o arguido “atuou com a sua imputabilidade diminuída”, o que exprimia o estado da pessoa e não a relação da «anomalia psíquica» com o facto –, reproduzindo, sem mais, a conclusão da perícia.

Esta conclusão, limitava-se, no essencial, a identificar a «anomalia psíquica» do arguido (esquizofrenia paranoide, que, como se referiu, pode constituir pressuposto de inimputabilidade) e a mencionar hipotéticas influências de substâncias psicoativas na sua capacidade de avaliação dos factos e de determinação de acordo com essa avaliação, não se pronunciando, todavia, do ponto de vista médico, sobre os demais pressupostos legais da declaração de inimputabilidade (artigo 20.º, n.º 2). Tal pronúncia era essencial para que o tribunal pudesse fundamentar uma decisão sobre a imputabilidade ou inimputabilidade, com base nessa perícia, com o valor e nos termos do artigo 163.º do CPP, em eventuais esclarecimentos complementares ou nova perícia (artigo 158.º do CPP), nos demais elementos de prova e nas circunstâncias relativas às condições pessoais (sobretudo de saúde) e relativas ao facto e à personalidade do arguido, considerando, em particular, o comportamento anterior e posterior ao facto, a ocorrência de episódios de descompensação e alucinações, a circunstância de o arguido referir não se recordar de ter praticado os factos, a preparação ou não para manter uma conduta lícita (atendendo, particularmente, aos riscos assinalados de repetição de factos ilícitos da mesma natureza que possam ser dirigidos contra o cônjuge). Pronunciava-se a perícia, ela própria, sobre uma valoração que, a final, é matéria (de direito) da competência do juiz, traduzindo-se tal pronúncia na expressão de uma dúvida («imputabilidade duvidosa») sobre a imputabilidade («diminuída»), não resolvida no acórdão recorrido.

Finalmente, afirmou-se no acórdão, a manter-se a conclusão de que o arguido, embora portador de uma anomalia psíquica, é imputável, seria também necessária perícia para auxiliar o julgador com os elementos imprescindíveis para que pudesse concluir se a reclusão do arguido em estabelecimentos prisionais comuns era ou não prejudicial para o recorrente, tendo em conta, designadamente, o seu estado de saúde, com anteriores internamentos em unidades psiquiátricas, ou se a sua reclusão naqueles estabelecimentos perturbaria seriamente o seu re-

²⁸ *Id. ibid.* p. 679.

gime de funcionamento, assim permitindo que o julgador pudesse decidir pela aplicação ou não aplicação do regime previsto no artigo 104.º, n.º 1, do CP (internamento em estabelecimento destinado a inimputáveis pelo tempo correspondente à duração da pena). O que não havia sido apreciado no acórdão recorrido, apesar do provado quanto à saúde do arguido, comportamento aditivo e necessidades de tratamento.

13. Foi assim que se concluiu que se impunha declarar a nulidade do acórdão recorrido por omissão de pronúncia quanto à questão da imputabilidade do arguido, nos termos do artigo 20.º, n.ºs 2 e 3, do Código Penal, com as consequências legalmente impostas, de acordo com o artigo 379.º, n.º 1, al. c), 1.ª parte, e n.º 2 do CPP²⁹.

Com o que ficou prejudicado o conhecimento das questões apresentadas no recurso interposto pelo arguido, em particular a questão principal, que era a de saber se os factos por que o arguido vinha condenado preenchem o tipo de crime de homicídio qualificado p. e p. pelos artigos 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, al. b), do Código Penal ou se, pela circunstância de ter agido com imputabilidade diminuída, preenchem apenas o tipo de crime de homicídio simples, da previsão do artigo 131.º do Código Penal.

²⁹ Dispõe o artigo 379.º: «1. *É nula a sentença: (...) c) Quando o tribunal deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar (...).* 2 - *As nulidades da sentença devem ser arguidas ou conhecidas em recurso, devendo o tribunal supri-las (...)*».

Sobre o(s) mau(s) trato(s) punível(veis) no crime de violência doméstica – contributos para a sua compreensão

MARGARIDA SANTOS

Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho; Membro Integrado do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov)

SUMÁRIO: A interpretação do tipo legal de violência doméstica (artigo 152.º do Código Penal) tem-se revelado complexa, rodeada de leituras que não são unívocas. Têm sido registadas discrepâncias ao nível da qualificação jurídica dos factos, que parecem ter por base inconsistências a propósito da própria *compreensão* do fenómeno criminal, com implicações na própria *apreensão* do(s) mau(s) trato(s) subsumível (veis) no tipo legal, emergindo reiteradamente exigências e justificações difíceis de aceitar no confronto com o próprio tipo social e com a *ratio* deste tipo legal. No âmbito deste trabalho pretende-se, sobretudo, revisitado a temática do(s) comportamento(s) punível(veis) à luz do tipo legal, a partir da reflexão em torno do bem jurídico protegido e do tipo objetivo de ilícito, tendo no horizonte a evolução do tipo legal. Desde logo, apesar de a reiteração (e a intensidade) não serem elementos (obrigatórios) do tipo legal de violência doméstica, importa compreender a sua (ir)relevância.

PALAVRAS-CHAVE: violência doméstica; bem jurídico; comportamentos puníveis; reiteração; intensidade.

ABSTRACT: The interpretation of the legal type of domestic violence (Article 152 of the Penal Code) has proved to be complex, surrounded by readings that are not unequivocal. There have been discrepancies in the legal classification of the facts, which seem to be

based on inconsistencies in the very understanding of the criminal phenomenon, with implications for the apprehension of the abusive acts falling under the legal type. Repeatedly, there are demands and justifications that are difficult to accept when taking into account the social type and the ratio of this legal type. The main aim of this work is to revisit the issue of punishable behaviour(s) in light of the legal type, based on a reflection on the protected legal interest and the objective type of offence, with a focus on the evolution of the legal type. Firstly, although repetition (and intensity) are not (mandatory) elements of the legal type of domestic violence, it is important to understand their (ir)relevance.

KEYWORDS: domestic violence; legal interest; punishable behaviour; repetition; intensity.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O tipo legal de violência doméstica (artigo 152.º do Código Penal – CP), o mais reportado no ano de 2022¹, tem sido objeto de um intenso labor legislativo, promotor de uma “tutela penal especial reforçada”² neste domínio. Não obstante, a interpretação deste tipo legal tem-se revelado complexa, rodeada de leituras que não são unívocas, atendendo também à dificuldade de definição da “«essência» da violência doméstica” numa norma incriminadora, respeitadora do princípio da tipicidade penal³.

Com efeito, tem-se registado uma certa assimetria, em muitos casos incompreensível, na qualificação jurídica dos factos. Não é, pois, esporádica a falta de sintonia manifestada inclusivamente ao longo do

¹ Veja-se que a violência doméstica contra cônjuge ou análogo é o crime que apresenta “o maior número de registos em toda a criminalidade participada (26. 073)”, de acordo com o último Relatório Anual de Segurança Interna publicado em 2023, disponível em <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3D%3DB-QAAAB%2BLCAAAAAAABAAzNDazMAQAhxRa3gUAAAA%3D>, p. 9 (e também p. 32). Aqui se destaca (p. 49) que a violência doméstica regista 30.4888 participações, o que representa um aumento de 3.968 casos (+ 15%), assumindo a violência entre cônjuge ou análogo 86%.

² A expressão é de NUNO BRANDÃO, *A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica*, Julgar, n.º 12: n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores, 2010.

³ Assim INÊS FERREIRA LEITE, *Violência doméstica e concurso de crimes: delimitação à luz do conceito de unidade normativa-social*, in Professor Doutor Augusto Silva Dias In Memoriam, Vol. I, Lisboa AADFL Editora, 2021, pp. 35-37.

próprio decurso processual, quer nos despachos de acusação/arquivamento, quer nas decisões da primeira instância e dos tribunais superiores⁴. Ora, esta desarmonia ao nível da qualificação jurídica dos factos parece ter por base inconsistências a propósito da própria *compreensão* do fenómeno criminal, com implicações na própria *apreensão* do(s) mau(s) trato(s) subsumíveis no tipo legal de violência doméstica, emergindo reiteradamente exigências e justificações difíceis de aceitar no confronto com o próprio tipo social e com a *ratio* deste tipo legal.

Como sintetiza claramente Rui do Carmo, a inclusão destas exigências “abriu caminho a manifestações de alguma arbitrariedade na aplicação da lei, assentes na incompreensão das características e da dinâmica da violência contra as mulheres, da violência contra as crianças e da violência doméstica, mas também em crenças e em conceções da vida social que as toleram”⁵.

Com efeito, se é certo que o tipo legal tem estado rodeado de dúvidas interpretativas, a verdade é que a captação da realidade social e do respetivo tipo social se revela essencial, parecendo existir um certo desfasamento entre a realidade social e a prática judiciária, nas situações

⁴ Um exemplo da divergência (visível na diferente qualificação jurídica quer da decisão do tribunal de primeira instância, quer de segunda, quer mesmo a posição do MP constante do recurso) pode ver-se através das passagens descritas no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21-06-2023, processo 743/20.2PAPVZ.P1.S1 (relatora Ana Barata Brito), disponível em www.dgsi.pt, que apesar de o *thema decidendum* não ser o que ora nos ocupa, transparece as dificuldades existentes (em 1.ª instância foi o arguido absolvido da prática de um crime de violência doméstica, de um crime de falsidade informática e de um crime de detenção de arma proibida, tendo sido condenado como autor de um crime de devassa da vida privada previsto no artigo 192.º, n.º 1, als. a) e b), do CP, na pena de oito meses de prisão suspensa na execução por três anos, subordinada a regime de prova. Em 2.ª instância, foi o arguido absolvido do crime de devassa da vida privada, mas ficou condenado como autor de um crime de violência doméstica, previsto no artigo 152.º, n.º 1, al. b) do CP, na pena de dois anos de prisão a cumprir em regime de permanência na habitação com vigilância eletrónica. Inconformado com o decidido pela Relação do Porto, interpôs o arguido recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, sendo as questões apresentadas as seguintes: (a) erro notório na apreciação da prova, (b) erro de direito ou erro de subsunção, e (c) espécie de pena. O recurso foi rejeitado por inadmissibilidade face à irrecorribilidade da decisão (artigos 414.º, n.º 2 e 420.º, n.º 1, al. b) do CPP). Ver também, por exemplo, o já citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-2-2023, processo 7528/13.OTDLSB.L3.S1 (relatora Ana Barata Brito), disponível em www.dgsi.pt.

⁵ RUI DO CARMO, *As crianças vítimas de violência doméstica*, Revista do Ministério Público, 175, julho-setembro de 2023, pp. 125/126.

em que se exige este *plus*, relacionado com uma enorme intensidade do evento, quando não fica demonstrada a reiteração⁶.

Tenha-se, por exemplo, em conta o proferido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-2-2023, onde, *obiter dicta*, se destapam estas dificuldades, quando reforça que: “[o]s dois pontos nucleares censuráveis que comprometeram a correcta valoração da prova na sentença e que a Relação identificou no acórdão consistiram, o primeiro, numa deficiente compreensão do fenómeno da violência doméstica e das especificidades do processo e da prova neste contexto de criminalidade; o segundo, numa relevância injustificada dada na sentença às declarações da ofendida a órgãos de comunicação social”⁷:

Estas “incertezas” registadas também nas decisões do Ministério Público motivaram sobretudo a publicação da Nota Prática n.º1, da Procu-

⁶ Assim também INÊS FERREIRA LEITE, *Sensibilidade & Bom Senso: Um (breve) percurso interpretativo do tipo legal da violência doméstica à luz do seu tipo social e das abordagens judiciais*, in CEJ, *Violência Doméstica e de Género e Mutilação Genital Feminina*, 2.ª edição, 2019, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=tbJce1EFtH0%3D&portalid=30>, p. 21.

⁷ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-2-2023, processo 7528/13.0TDLSB.L3.S1 (relatora Ana Barata Brito), disponível em www.dgsi.pt. Pode tomar-se igualmente em conta o despacho de arquivamento do inquérito vertido no relatório da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica n.º 4/2020 AM, e a respetiva análise, que nos merece concordância, que vale a pena aqui transcrever: “Em 30.10.2020, foi emitido despacho de arquivamento do inquérito, (...) e o arquivamento foi assim fundamentado: «(...) *consideramos que a conduta do arguido, ainda que eticamente desvaliosa, não reveste gravidade suficiente para lesar, de forma marcante, a saúde física e psíquica da ofendida ou o livre desenvolvimento da sua personalidade, não assumindo um grau de intensidade que seja incompatível com a dignidade da pessoa humana. Efetivamente, a conduta apurada do arguido resume-se a um único ato de violência verbal, pelo que dos elementos carreados para os autos não se pode concluir pela existência de uma conduta maltratante por parte do arguido que colocasse em causa a dignidade da ofendida, conduzindo à sua degradação pelos maus-tratos.*» (...) Não é, contudo, clarificado o critério adotado para concluir que a gravidade do comportamento de B não foi suficiente e não terá lesado de «forma marcante» a saúde ou o livre desenvolvimento da personalidade da vítima. O que é suscetível de transmitir mensagens indesejáveis aos destinatários da decisão: à vítima, a de que o arquivamento do inquérito foi um ato discricionário; ao agressor, a ideia de desvalorização da gravidade e censurabilidade do seu comportamento. Em ambos os casos, com efeitos negativos para as necessidades de prevenção deste tipo de condutas” - cf. o relatório da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica n.º 4/2020 AM, disponíveis em <https://earhvd.sg.mai.gov.pt/RelatoriosRecomendacoes/Pages/default.aspx>, p. 11.

radoria Geral da República, emitida em março de 2023⁸, destacando-se que “[n]ão raras vezes, as decisões de arquivamento proferidas no inquérito, embora confirmem os indícios factuais, concluem que os factos não são “suficientemente graves”, “não revelam intensidade”, constituem “um ato isolado”, sendo, por isso, inaptos a atingir a dignidade da pessoa humana, muitas vezes sem que na decisão sejam enunciadas as especificidades do caso concreto ou se atente nas características pessoais dos envolvidos”. Aí se apontou que:

i) O crime de violência doméstica visa proteger muito mais do que a soma dos bens jurídicos tutelados pelos diversos ilícitos típicos que o podem preencher. O legislador quis tutelar mais do que a saúde física ou psíquica da vítima, ainda que de forma secundária ou reflexa a esta.

ii) Constitui, pois, boa prática interpretativa o entendimento segundo o qual o bem jurídico a proteger está também intimamente relacionado com o núcleo dos vínculos que se estabelecem no seio familiar e doméstico, e ainda em todas as relações de confiança tuteladas pela norma incriminadora.

iii) Visa-se, assim e ainda, uma tutela reforçada da pacífica convivência familiar ou doméstica, face a condutas que, sem aparente gravidade ou intensidade, isoladas ou não reiteradas, são suscetíveis de corromper toda a relação de confiança pré existente.

iv) Para o exercício responsável e eficaz das atribuições do Ministério Público, enquanto titular da ação penal, constitui boa prática de atuação funcional a pronúncia expressa, face ao caso concreto, dos fundamentos de facto e de direito que determinam a desqualificação dos indícios pelo crime de violência doméstica e a integração da factualidade noutros tipos penais”⁹.

Aí se sublinha que “... tem-se constatado que, não obstante a autonomização do crime de violência doméstica ter ocorrido em 2007, subsistem **impasses interpretativos**, com reflexos doutrinários e jurisprudenciais, quanto a uma adequada e correta identificação do(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s) pela norma incriminadora do artigo 152.º, do Código Penal”¹⁰.

⁸ Procuradoria Geral da República, *Nota Prática n.º 1*, Violência Doméstica – Bem jurídico, março de 2023, disponível em <https://gfcj.ministeriopublico.pt/pagina/nota-pratica-no-1-violencia-domestica-bem-juridico>, p. 4.

⁹ Procuradoria Geral da República, *Nota Prática n.º 1*, *op cit*, p. 2.

¹⁰ *Idem*, p. 4 (negrito do Autor).

Confessadamente este é também o nosso principal *leitmotiv* para revisitarmos a temática do bem jurídico e dos comportamentos puníveis, a fim de também compreendermos se o entendimento por nós perfilhado exige algum esclarecimento adicional, com o ânimo de melhor cumprir a exegese deste preceito legal, e, em última instância, a observância das finalidades da intervenção penal.

Já o fizemos noutro contexto, especialmente como balanço para compreender a temática difícil do concurso (de normas e de crimes) e da criança exposta à violência interpaparental, enquanto vítima (autónoma) do crime de violência doméstica¹¹. Neste domínio acabamos por seguir, em parte, o entendimento largamente maioritário (doutrinário e jurisprudencial), no sentido de que o bem jurídico protegido é a saúde compreendida de forma ampla, entendendo-se que, em regra, ou existe um certo padrão de *maus tratos* ainda que de reduzida intensidade (quando individualmente considerados), ou este *mau trato* isolado deve assumir determinada gravidade, para que se lesem ou coloquem em perigo o bem jurídico protegido, sempre num contexto de avaliação global do(s) facto(s)¹².

No âmbito deste trabalho pretende-se, pois, sobretudo visitar a temática do(s) comportamento(s) punível(veis) à luz do tipo legal, a partir da reflexão em torno do bem jurídico protegido e do tipo objetivo de ilícito, tendo no horizonte a evolução do tipo legal. Com efeito, para o cumprimento deste propósito importa também olhar para a evolução legislativa, e, sobretudo a partir do elemento histórico e literal,

¹¹ Ver, em especial, os nossos, *Subsídios para a compreensão do crime de violência doméstica – em especial alguns afloramentos em torno dos problemas de concurso*, in AA.VV., Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva (coord: José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques), Vol. III, Lisboa, Universidade Católica, 2020; *A tutela da criança exposta à violência interpaparental após a revisão da Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto - foi superada a dúvida?*, Revista do CEJ, 2022-I, pp. 101 a 116.

¹² Neste âmbito, acompanhamos já a fórmula clara de, por exemplo, Nuno Brandão, no sentido de que ou está em causa uma “*microviolência continuada, em que a opressão (...) é exercida e assegurada normalmente através de repetidos actos de violência psíquica que apesar da sua baixa intensidade quando considerados avulsamente são adequados a causar graves transtornos na personalidade da vítima quando se transformam num padrão de comportamento no âmbito da relação*” ou então “*actos que pelo seu carácter violento sejam, por si só ou quando conjugados com outros, idóneos a reflectir-se negativamente sobre a saúde física ou psíquica da vítima*”, sendo ainda necessária a avaliação da “*respectiva situação ambiente e da imagem global do facto*” para se decidir do preenchimento do tipo – NUNO BRANDÃO, *A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica*, op cit, pp. 21 e 19.

compreender se, não exigindo o tipo legal a reiteração dos comportamentos, faz sentido (e em que medida) continuar a entender-se, como tem sido a posição maioritariamente seguida, sobretudo nos Tribunais, pelo menos no passado, que quando está em causa um ato isolado para que a conduta típica seja preenchida é necessário que tenha uma certa gravidade, crueldade, “intensidade”¹³. Numa palavra, apesar de a reiteração (e a intensidade) não serem elementos (obrigatórios) do tipo legal de violência doméstica, importa compreender a sua (ir)relevância¹⁴. Ou, noutra fórmula, que nos parece mais adequada, adiantando já, se atentarmos na compreensão do fenómeno recortado no tipo legal construído a partir de uma relação de proximidade afetiva/intimidade/filiação ou de coabitação e da respetiva vulnerabilidade que a violência provoca, aquela é uma consideração que se dilui, porque pressuposta, podendo ser fundamental para aferir se existe um outro tipo de violência interpessoal, que não a contemplada no tipo legal de violência doméstica.

¹³ Ver, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19-9-2012, disponível em www.dgsi.pt: “II - Para a realização do crime torna-se necessário que o agente reitere o comportamento ofensivo, em determinado período de tempo, admitindo-se, porém, que um singular comportamento bastará para integrar o crime quando assuma uma intensa crueldade, insensibilidade, desprezo pela consideração do outro como pessoa, isto é, quando o comportamento singular só por si é claramente ofensivo da dignidade pessoal do cônjuge”. Ver também, a título meramente exemplificativo, e sem implicações *in casu*, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-12-2019, onde no sumário se pode ler: “3. Na descrição típica da violência doméstica, recorre-se, em alternativa, às ideias de reiteração e intensidade, para esclarecer que não é imprescindível uma continuação criminosa. 4. Pese embora, admite-se, porém, que um singular comportamento bastará para integrar o crime quando assuma uma intensa crueldade, insensibilidade, desprezo pela consideração do outro como pessoa, isto é, quando o comportamento singular só por si é claramente ofensivo da dignidade pessoal do cônjuge”.

¹⁴ INÊS FERREIRA LEITE, *Sensibilidade & Bom Senso: Um (breve) percurso interpretativo do tipo legal da violência doméstica à luz do seu tipo social e das abordagens judiciais*, *op cit*, p. 24 sublinha que “A busca pela relação de imparidade [por exemplo] é relevante para a compreensão do caso concreto, para a avaliação de risco e aplicação de medidas de proteção da vítima, para a valoração da recusa da vítima em prestar depoimento, etc. Subsidiariamente, em casos de eventos recíprocos de violência muito ligeira (não reiterada), é relevante na distinção entre violência interpessoal e violência doméstica”.

O(S) BEM(NS) JURÍDICO(S) TUTELADO(S) E ALGUNS APONTAMENTOS EM TORNO DO TIPO OBJETIVO DE ILÍCITO

Relativamente ao bem jurídico protegido pelo artigo 152.º, do CP, cumpre acentuar que continuamos a entender que se encontra definitivamente afastada a ideia de que os bens jurídicos aqui tutelados se encontram ligados “à tutela da comunidade familiar ou conjugal”¹⁵, ainda que de forma reflexa. Com efeito, o bem jurídico diz respeito diretamente à pessoa do ofendido, muito embora ocorra no contexto de determinadas relações de proximidade afetiva/intimidade/filiação ou análoga ou de coabitação, e é exatamente esta especial relação contemplada no tipo legal que, em regra, agrava a ilicitude e a culpa do agente, estando, por isso, em causa, um crime específico, normalmente impróprio¹⁶.

Com efeito, o crime de violência doméstica trata-se, sobretudo, de “um crime de relação”¹⁷, estando esta especial relação entre o agente e o sujeito passivo dos comportamentos que caem na alçada do tipo legal intrinsecamente relacionada com a consideração de um bem jurídico como a saúde neste âmbito. Acompanhamos, por isso, o entendimento de grande parte da doutrina e da jurisprudência que aponta que o bem jurídico protegido pelo artigo 152.º do CP é a saúde do indivíduo,

¹⁵ Cf. AMÉRICO TAIPA CARVALHO, *Comentário ao Art.º 152.º*, in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ªed., Coimbra Editora, Coimbra, pp. 511/512.

¹⁶ Assim, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Comentário ao Art.º 152.º*, *op cit*, p. 513. Em certos casos, concordamos com o Autor, poderá estar em causa um crime específico próprio, onde é a especial relação que fundamenta a ilicitude e a própria punição, sobretudo no contexto da violência psíquica mais “camuflada”, podendo carecer da contextualização num certo padrão. Assim, também, por exemplo, VÍCTOR DE SÁ PEREIRA, ALEXANDRE LA-FAYETTE, *Código Penal Anotado e Comentado, legislação conexa e complementar*, 2.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2014, p. 440. Importa sublinhar que não temos dúvidas em afirmar que não é de “*desconforto subjetivo*” que se trata, mas de condutas que isoladamente consideradas podem ter um grau de ilicitude relativamente baixo – para uma perspetiva crítica ver CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A violência doméstica conjugal: os bens jurídicos protegidos, a desnecessidade de reiteração ou de especial intensidade e a «relação» com crimes «próximos»*, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* (coord: José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques), Vol. I, Lisboa, Universidade Católica, 2020. pp. 542 e ss., em especial, p. 545.

¹⁷ M. MIGUEZ GARCIA E J. M. CASTELA RIO, *Código Penal, Parte geral e especial, com notas e comentários*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 647.

enquanto “bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental”¹⁸.

Ou seja, está em causa mais do que a soma de diferentes bens jurídicos, nomeadamente da integridade física e psíquica, da liberdade pessoal, da liberdade e autodeterminação sexual, da honra¹⁹. Parece-nos estar

¹⁸ Assim, por exemplo, AMÉRICO TAIPA CARVALHO, *Comentário ao Art.º 152.º*, op cit, p. 512: “... o bem jurídico directamente protegido por este tipo de crime é a saúde - bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental; e (...) que pode ser afetado por toda uma multiplicidade de comportamentos que impeçam ou dificultem o normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente, agravem as deficiências destes, afectem a dignidade pessoal do cônjuge (ex, cônjuge, ou pessoa com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga á dos cônjuges), ou prejudiquem o possível bem-estar dos idosos ou doentes que, mesmo que não sejam familiares do agente, com este coabitem” (negrito do Autor). Ver também, entre outros, JOSÉ FRANCISCO MOREIRA DAS NEVES, *Violência doméstica - um problema sem fronteiras*, 2000, disponível em www.verbojuridico.net, p. 7; JORGE DOS REIS BRAVO, *A actuação do Ministério Público no âmbito da violência doméstica*, RMP, n.º 102, 2005, p. 66; RICARDO BRAGAÇA DE MATOS, *Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?*, RMP, n.º 107, 2006, p. 94 e ss.; PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *Violência doméstica: novo quadro penal e processo penal*, Revista do CEJ, n.º 8 (especial), 2008, pp. 304 e ss.; NUNO BRANDÃO, *A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica*, op cit, 2010, pp. 13 e ss.; M. MIGUEZ GARCIA e J. M. CASTELA RIO, *Código Penal, Parte geral e especial, com notas e comentários*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 648; INÊS FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis in Idem, Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 2016, pp. 341 e 341 e FERNANDO SILVA, *Direito Penal Especial: Os Crimes contra as Pessoas*, 4.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2017, pp. 306 e ss.

¹⁹ Assim, por exemplo, Paulo Pinto de Albuquerque entende que os bens jurídicos protegidos são “a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e até a honra” - Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Anotação ao art.º 143.º”, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica, 2010, p. 464. Também Cláudia Cruz Santos entende estar em causa “um crime pluriofensivo ou fundado na necessidade de protecção de vários bens jurídicos pessoais, entre os quais sobressaem a integridade física em sentido amplo, a liberdade pessoal, a liberdade sexual ou a honra...” - CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A violência doméstica conjugal: os bens jurídicos protegidos, a desnecessidade de reiteração ou de especial intensidade e a «relação» com crimes «próximos»*, op cit. pp. 545/546. Também ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia*, Julgar, n.º 12: n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores, 2010, pp. 48/49: “... difícil será apontar um tipo legal em cuja base se encontre um bem jurídico tão multifódo como o da violência doméstica”, entendendo que “uma boa parte do trabalho da doutrina e da jurisprudência deve concentrar-se na busca de um *bem jurídico* suficientemente amplo e operativo”. Segundo o Autor, “... o bem jurídico que identificámos é uma concretização do direito fundamental da integridade pessoal (art. 25.º da Constituição), mas também

antes uma compreensão ampla da saúde, na aceção da Organização Mundial de Saúde, enquanto completo bem-estar físico, psíquico e social²⁰, estando, nesta medida, em causa a tutela de um estado de pleno bem-estar²¹. Numa palavra, não está em causa a proteção isolada, por exemplo, da integridade física ou da liberdade sexual, “mas antes uma dimensão complexa e de certa forma antecipatória destas vertentes pessoais: a saúde”²².

Do que se deixa intuir, temos, por isso, dificuldades em aceitar que no tipo legal em análise se tutele, ainda que “de forma reflexa”, “a pacífica convivência familiar e doméstica”²³. Ou, de forma mediata, também a “*paz doméstica*”²⁴. Perfilhando igualmente desta perspetiva, na Nota Prática n.º 1, da Procuradoria Geral da República já referida²⁵, seguiu-se o entendimento de que legislador quis tutelar mais do que a saúde física ou psíquica da vítima, pelo que está igualmen-

do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1, da Constituição (...), ambos emanações directas do *princípio da dignidade da pessoa humana*” (itálico do Autor).

²⁰ Constituição da Organização Mundial de Saúde, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 36406, de 10 de julho de 1947.

²¹ Assim também, NUNO BRANDÃO, *A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica*, *op cit*, p. 16.

²² INÊS FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis in Idem, Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, *op cit*, p. 341.

²³ Cf. MARIA ELISABETE FERREIRA, *Violência parental e intervenção do Estado: a questão à luz do Direito Português*, Universidade Católica Editora, Porto, 2016, pp. 179.º e ss., especialmente p. 188. e 475; ver também da mesma autora, “Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica”, *Julgar online*, maio de 2017, p. 6/7. Como aí sublinha, “... o bem jurídico protegido pelo artigo 152.º é um bem jurídico complexo que tutela, ainda que de forma reflexa ou secundária, esta dimensão relacional característica de uma relação de convivência, ainda digna de tutela após a cessação desta relação de particular proximidade existencial. Uma conduta isolada, que até nem assuma especial intensidade do ponto de vista material da saúde da vítima, pode comprometer a pacífica convivência familiar ou doméstica, pode corromper toda a relação de confiança pré-existente e, logo, ser enquadrável no artigo 152.º”.

²⁴ VICTOR DE SÁ PEREIRA, ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal Anotado e Comentado, legislação conexa e complementar*, 2.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2014, p. 439.

²⁵ Procuradoria Geral da República, *Nota Prática n.º 1*, Violência Doméstica – Bem jurídico, março de 2023, disponível em <https://gfcj.ministeriopublico.pt/pagina/nota-pratica-no-1-violencia-domestica-bem-juridico>, p. 4.

te em causa uma “tutela reforçada da pacífica convivência familiar ou doméstica”, “face a condutas que, sem aparente gravidade ou intensidade, isoladas ou não reiteradas, são suscetíveis de corromper toda a relação de confiança pré existente”²⁶. Na verdade, não nos parece que possa ser considerado como bem jurídico-penal a “pacífica convivência familiar e doméstica”²⁷. Com efeito, não parece ser a instituição familiar ou análoga, mas sim os bens jurídicos do próprio ofendido a carecer da proteção pela via penal, ou seja, “[n]ão há um *interesse superior da família* a subjugar o interesse dos seus membros, mas antes a defesa de cada pessoa dentro do enquadramento familiar”²⁸. Também nós rejeitamos, por isso, um Direito penal da família, concordando que “... a intervenção penal *por causa* da família é a intervenção penal provocada pela vulnerabilidade que podem sofrer dentro dela”²⁹.

Um apontamento se impõe, também, para referir que, certa doutrina e sobretudo jurisprudência refere-se, ainda, à dignidade humana³⁰. Não

²⁶ Procuradoria Geral da República, *Nota Prática n.º 1, op cit*, p. 4.

²⁷ Também criticando esta perspetiva, no sentido em que nos alinhamos, apesar de a nossa posição ser distinta, desde logo, quanto ao bem jurídico tutelado e à classificação enquanto crime de perigo abstrato, ver CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A violência doméstica conjugal: os bens jurídicos protegidos, a desnecessidade de reiteração ou de especial intensidade e a “relação” com crimes “próximos”*, *op cit*, pp. 547 e 548, nota de rodapé n.º 22.

²⁸ Cf. MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Deve existir um direito penal da família?*, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (coord. José de Faria Costa, et al), Vol. I, UC/IJ, 2017, p. 936.

²⁹ Cf. MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Deve existir um direito penal da família?*, *op cit*, p. 936. A Autora deixa as seguintes interrogações relevantes, cuja resposta, concordamos, “tem efeitos jurídicos determinantes” (p. 921): “É a família enquanto tal carente de protecção criminal? É oportuna a existência de crimes contra a família na lei portuguesa e devem os demais crimes que visam proteger os seus membros ser considerados formas de protecção da família?”. Na verdade, mesmo em casos mais difíceis, como o do tipo de subtração de menores (artigo 249.º, do CP), constante de secção I intitulada *Dos crimes contra a família*, nos parece que está em causa a proteção dos interesses dos menores, e não dos direitos-deveres dos pais; o mesmo se dizendo do tipo da violação da obrigação de alimentos (artigo 250.º, do CP). Concordando com a Autora (entre outras, p. 933), os “crimes contra a família” não a identificam como bem jurídico-penal, estando antes em causa um bem estritamente pessoal.

³⁰ Ver, por exemplo, na doutrina, AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, 2.ª ed., AAFDL, 2007, p. 110, que destaca a dignidade humana como bem jurídico do crime de violência doméstica; ver também FERNANDO SILVA, *Direito Penal Especial:*

obstante, como se sabe, são elevadas as controvérsias em torno da admissão da dignidade humana como objeto de proteção penal. Como reflete Figueiredo Dias, cujas palavras vale a pena aqui recordar: “o pior serviço que pode prestar-se ao primeiro e mais elevado princípio de toda a ordem jurídica democrática — o do respeito intocável pela eminente dignidade da pessoa — é, em matéria penal, invocá-lo como princípio prescritivo dotado de um conteúdo fixo, imutável e apto à subsunção e como tal imediatamente aplicável a concretas situações da vida. Não é essa a natureza do princípio, como não é essa a função de que surge investido em matéria penal; antes sim a de se erguer como um veto inultrapassável a qualquer actividade do Estado que não respeite aquela dignidade e, deste modo, antes que como *fundamento*, como *limite absoluto* da intervenção estadual”³¹.

Neste contexto, não é defensável considerar a dignidade humana específico bem jurídico tutelado pelo tipo legal de violência doméstica³². Ainda assim, cremos que a dignidade pessoal deve ser chamada à colação apenas para contextualizar o ambiente de intimidação, humilha-

Os Crimes contra as Pessoas, 4.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2017, p. 306: “[o]s tipos de crime de maus-tratos apresentam, hoje, uma estrutura mais abrangente, envolvendo uma tutela para além da integridade física, considerando-se que valores como a dignidade humana estão também tutelados, nomeadamente, por estarem em causa formas especiais de protecção da vítima, perante agressões que lhe são dirigidas, quando se encontra especialmente desprotegida ...”. Também AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Comentário ao Art.º 152.º*, in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ªed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 512, faz referência à tutela da dignidade humana: “[...]a ratio do tipo não está na protecção da comunidade familiar ou conjugal, mas sim na protecção da pessoa individual e da sua **dignidade humana** ...” (destacado do Autor). Cremos, contudo, na linha de Brandão (2010), p. 14, nota de rodapé 17, que o Autor não vai tão longe e não eleva a dignidade humana a bem jurídico do crime de violência doméstica.

³¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*O direito penal do bem jurídico*» como princípio jurídico-constitucional, in XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 41 e JOSÉ DE FÁRIA COSTA, *Direito Penal Especial (Contributo a uma Sistematização dos Problemas “Especiais” da Parte Especial)*, Coimbra Editora, 2004, pp. 41 e ss. Ver também, por exemplo, MARIA JOÃO ANTUNES, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*, Julgar n.º 12 (especial) 2010, p. 158 e JOSÉ DE FÁRIA COSTA, *Direito Penal Especial (Contributo a uma Sistematização dos Problemas “Especiais” da Parte Especial)*, Coimbra Editora, 2004, p. 49 e ss

³² Concordamos com o raciocínio exposto por NUNO BRANDÃO, *A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica*, *op cit*, p. 16 e ss., e para aí remetemos.

ção, desprezo da vítima, promovendo-se, nessa medida, a desconsideração pela dignidade pessoal da vítima³³.

Concordamos, por isso, com aqueles que consideram ser este um crime de perigo abstracto³⁴ e não um crime de dano, devendo analisar-se os maus tratos na perspectiva de o perigo para a saúde da vítima, de “ameaça de prejuízo sério e frequentemente irreversível (...) para a paz e o bem-estar espirituais da vítima”³⁵. Pretende-se, por isso, tutelar antecipadamente este bem jurídico, de grande relevância, num contexto onde se sabe que os problemas de saúde física e mental que afetam as vítimas estão “bem demonstrados”³⁶.

Não desconhecemos os riscos deste entendimento³⁷, mas cremos que é o mais compatível com a compreensão do fenómeno subjacente, de-

³³ Assim, NUNO BRANDÃO, “A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica”, *op cit*, p. 18.

³⁴ Como de forma clara ensina, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *Direito Penal - Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, Questões Fundamentais, A Doutrina geral do crime, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 309, “nos crimes de **perigo abstracto** o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente *motivo* da proibição. Quer dizer

Neste tipo de crimes são tipificados certos comportamentos em nome da sua *perigosidade típica* para um bem jurídico, mas sem que ela tenha de ser comprovada no caso concreto...” (negrito e itálico do Autor).

Assim, por exemplo, NUNO BRANDÃO, *A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica*, *op cit*, pp. 17 e ss. Ver também RUI DO CARMO, *As crianças vítimas de violência doméstica*, *op cit.*, sobretudo p. 129.

³⁵ *Idem*, p. 18.

³⁶ Cf. KATHERINE PITT ET AL, *Sharing reports about domestic violence and abuse with general practitioners: a qualitative interview study*, BMC Family Practice, 2020, disponível em <https://bmcpimcare.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12875-020-01171-4>. Como aí se aponta: “The physical and mental health burden affecting victims of DVA [Domestic violence and abuse] is well evidenced. Furthermore, exposure to DVA is a form of child maltreatment. Children affected by DVA are at higher risk of growth, developmental, and behavioural problems and other forms of child maltreatment”. Ver também a bibliografia aí citada.

³⁷ Como aponta de forma clara JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *Direito Penal - Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, Questões Fundamentais, A Doutrina geral do crime, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 309/310, “[t]em sido questionada, também entre nós, a **constitucionalidade** dos crimes de perigo abstracto pelo facto de poderem constituir uma tutela demasiado avançada de um bem jurídico, pondo em sério risco o princípio da *legalidade*, quer o princípio da *culpa* (...). A doutrina maioritária e o TC pronunciam-se todavia, com razão, pela sua não inconstitucionalidade quando visarem a protecção de bens

vendo fazer-se uma leitura crítica da norma tendo por base uma visão integrada das ciências criminais, uma visão renovada da *ciência conjunta do direito penal*³⁸. Nesta medida, como salienta Nuno Brandão, “[u]ma exegese do preceito conforme com as intenções político-criminais que lhe subjazem e com o polifórmico substrato criminológico do fenómeno da violência doméstica aponta antes para o entendimento de que a ofensa ao bem jurídico tipicamente relevante não deva pressupor a verificação da sua lesão”³⁹.

Quanto aos comportamentos suscetíveis de enquadrar o conceito de maus tratos, estamos perante um tipo legal com um conteúdo “amplo”, que pode integrar diferentes condutas⁴⁰. Fundamental, continuamos a

jurídicos de grande importância, quando for possível identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa”. Para uma análise crítica da consideração do crime de violência doméstica como um crime de perigo abstrato, ver CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A violência doméstica conjugal: os bens jurídicos protegidos, a desnecessidade de reiteração ou de especial intensidade e a “relação” com crimes “próximos”*, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* (coord: José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques), Vol. I, Lisboa: Universidade Católica, 2020, pp. 541 e ss.

³⁸ Sobre esta perspectiva ver MARGARIDA SANTOS, *Sobre o ensino do Direito Penal no âmbito da Criminologia*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*, Porto, Universidade Católica Editora, 2022, pp. 505-529. Ora, acompanhando Mário Ferreira Monte, “[e]ste modo de ver as coisas tem duas implicações fundamentais: por um lado, concede-se à política criminal um papel proeminente na definição da intervenção jurídico-penal, ao mesmo tempo que convida a uma visão holística das ciências criminais, fazendo intervir, na resolução dos casos, tanto a dogmática, quanto a política criminal, como a criminologia (...) ou de outras ciências auxiliares (...); por outro lado, e agora com mais relevância o momento da resolução do caso concreto assume nesta visão uma relevância tal que pode levar a que razões de justiça desse caso se sobreponham a considerações meramente sistemáticas” - MÁRIO FERREIRA MONTE, *Direito Processual Penal Aplicado*, Braga, Associação de Estudantes de Direito da Universidade do Minho, 2017, p. 26.

³⁹ NUNO BRANDÃO, *A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica*, op cit, p. 17.

⁴⁰ Com efeito, não obstante a amplitude de comportamentos que poderão configurar o(s) mau(s) trato(s) puníveis no contexto do crime de violência doméstica, tendo o legislador optado por um elenco exemplificativo e não taxativo, o certo é que as exigências de cumprimento do princípio da legalidade têm que estar presentes. Como de forma clara sintetiza Anabela Miranda Rodrigues, “[é] essencial, a propósito das diversas incriminações, para que se possa afirmar que o bem jurídico invocado é efetivamente objeto de proteção, que o ilícito seja tipificado o mais precisa e minuciosamente possível por forma a permitir afirmar que ele é lesado ou posto em perigo com a realização típica” - cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Direito Penal e constituição – O que resta do conceito de

entender, é a avaliação do facto ou o conjunto de factos, de uma forma global, que avalie a situação ambiente, para se decidir do preenchimento do tipo, como a seguir melhor se abordará.

Ou seja, e nas palavras de Maria do Carmo Dias, “... os factos apurados ou dados como provados em cada caso concreto devem ser analisados no conjunto, num quadro global e não de forma atomística ou espartilhando cada episódio, como se vê em alguma jurisprudência, nomeadamente, quando acabam por concluir pela não verificação dos pressupostos do crime de «violência doméstica» (...) Mais: deve olhar-se para os factos em cada processo, em cada caso que está a ser julgado, de forma livre, sem preconceitos e com abertura intelectual, para perspetivar todas as soluções pertinentes (...). Não se pode ficar preso a opções/interpretações que representam preconceitos ou leituras descontextualizadas”⁴¹. É que, de facto, o fenómeno subjacente ao crime de violência doméstica representa, maioritariamente, um “comportamento violento continuado ou um padrão de controlo coercivo”⁴², parecendo, por isso, ser possível, apesar da geometria variável dos comportamentos, encontrar um sentido social de ilicitude típica.

bem jurídico-penal?”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* (coord: José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques), Vol. I, Lisboa: Universidade Católica, 2020, p. 161.

⁴¹ Além da bibliografia já citada, ver também, neste sentido, MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «Violência doméstica» na Convenção de Istambul e no Código Penal Português, in CEJ, *Violência Doméstica e de Género e Mutilação Genital Feminina*, 2.ª edição, 2019, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=tbJce1EFtH0%3D&portalid=30>, p. 114 e ss.

⁴² Ver, apenas a título de exemplo, a definições do fenómeno de *violência doméstica* constante em Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, Presidência do Conselho de Ministros, *Violência doméstica: compreender para intervir, Guia de Boas Práticas para Profissionais de Instituições de Apoio a Vítimas*, Lisboa, 2009, disponível em https://www.cig.gov.pt/siic/pdf/2014/siic-VD2_GBP_Profissionais_apoio_vitimas.pdf, pp. 10/11: “Violência doméstica (VD) – é um comportamento violento continuado ou um padrão de controlo coercivo exercido, directa ou indirectamente, sobre qualquer pessoa que habite no mesmo agregado familiar (e.g., cônjuge, companheiro/a, filho/a, pai, mãe, avô, avó), ou que, mesmo não co-habitando, seja companheiro, ex-companheiro ou familiar. Este padrão de comportamento violento continuado resulta, a curto ou médio prazo, em danos físicos, sexuais, emocionais, psicológicos, imposição de isolamento social ou privação económica da vítima, visa dominá-la, fazê-la sentir-se subordinada, incompetente, sem valor ou fazê-la viver num clima de medo permanente”.

Voltemo-nos, agora, para a evolução do tipo legal, para depois retornarmos este fio de novelo agora deixado solto.

A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA PROMOVIDA PELAS REVISÕES DO CP DE 82, 95, 98, 2000, 2007, 2013, 2018, 2021

Para melhor procedermos à interpretação do tipo legal e compreendermos os comportamentos subsumíveis, importa olhar para o elemento histórico e literal da norma, sobretudo a partir do filtro da conduta típica, embora se deixem outras notas evolutivas pela importância que possam assumir para a compreensão do tipo legal na versão atual.

A tipificação autônoma na versão inicial do CP

A gênese do tipo legal de violência doméstica encontra-se no CP vigente, onde se tipificou autonomamente, no então artigo 153.º do CP, o crime de *Maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges*.

Quanto à conduta típica, estava em causa o infligir, *devido a malvadez ou egoísmo, de maus tratos físicos, ou tratar cruelmente ou não prestar os cuidados ou assistência à saúde que os deveres decorrentes das suas funções lhe impõem; ou o empregar em atividades perigosas, proibidas ou desumanas, ou sobrecarregar, física ou intelectualmente, com trabalhos excessivos ou inadequados de forma a ofender a saúde, ou o desenvolvimento intelectual, ou a expor a grave perigo* (quando em causa estivesse pai, mãe ou tutor de menor de 16 anos ou todo aquele que o tenha a seu cuidado ou à sua guarda ou a quem caiba a responsabilidade da sua direção ou educação (n.º 1)/ quem tiver como seu subordinado, por relação de trabalho, mulher grávida, pessoa fraca de saúde ou menor (n.º 2). Além, disso, no que diz respeito ao cônjuge, a conduta punível consistia no infligir de *maus tratos físicos, no tratar cruelmente ou não prestar os cuidados ou assistência à saúde que os deveres decorrentes das suas funções lhe impõem* (n.º 3). Quanto ao elemento subjetivo, a literatura e jurisprudência maioritárias exigiam que, em todos os casos

(n.º 1, n.º 2 e n.º 3), o agente atuasse, além de dolosamente, com “malvadez ou egoísmo”⁴³.

Nesta medida, os vários vocábulos utilizados na redação da norma tinham subjacente a ideia de “reiteração”, “continuidade” ou de “intensa gravidade”⁴⁴.

A revisão operada pelo DL n.º 48/95, de 15 de março

Com a revisão de 1995, operada pelo DL n.º 48/95, de 15 de março, foi eliminada no artigo 152.º do CP (*Maus tratos ou sobrecarga de menores, de incapazes ou do cônjuge*) a referência à *malvadez ou egoísmo* (deixando de existir um dolo específico). Consagram-se também como elemento típico os maus tratos psíquicos.

Além disso procedeu-se a uma reformulação dos anteriores números 1 e 2 (que passaram a estar centrados no n.º 1, passando a incluir no mesmo número além dos menores já contemplados no anterior n.º 1 e dos subordinados por relação de trabalho *com vulnerabilidades* – mulher grávida, pessoa fraca de saúde ou menor – , as pessoas idosas, incapazes, doentes ou com deficiência, adotando-se a fórmula “Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação, ou como subordinado por relação de trabalho, pessoa menor, incapaz, ou diminuída por razão de idade, doença, deficiência física ou psíquica” e alargou-se também o âmbito da punibilidade a quem conviver em condições análogas às dos cônjuges (n.º 2).

Importa também destacar que se estabeleceu uma cláusula de subsidiariedade expressa entre este crime de *Maus tratos* e o previsto no artigo 144.º (*Ofensa à integridade física grave*), só se aplicando aquele se os comportamentos não fossem subsumíveis no tipo legal previsto no artigo 144.º⁴⁵. Foi ainda conferida expressamente natureza semipú-

⁴³ Em sentido contrário, ia, por exemplo TERESA PIZARRO BELEZA, *Maus Tratos Conjugais: o art. 153º, 3 do Código Penal*, Estudos Monográficos: 2, AAFDL, Lisboa, 1989, pp. 57-60, que entendia que este dolo específico (*malvadez ou egoísmo*) era aplicável apenas nos casos dos n.º 1 e n.º 2, em que se pressupunha um domínio do agressor sobre a vítima, e não aos casos previstos no n.º 3, de maus tratos entre cônjuges. Para maiores desenvolvimentos, ver a obra citada.

⁴⁴ Assim também CARLOS CASIMIRO NUNES, MARIA RAQUEL MOTA, *O crime de violência doméstica: a alínea b) do n.º 1 do art. 152.º do Código Penal*, Revista do Ministério Público, n.º 122, abril-junho 2010, p. 134.

⁴⁵ Art.º 152.º, n.º 1, parte final “... é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, *se o facto não for punível pelo artigo 144.º*” (itálico nosso).

blica ao artigo 152.º, no que se refere aos cônjuges e a quem conviver em condições análogas às dos cônjuges (artigo 152.º, n.º 2, do CP) e inseridas no n.º 3 do artigo 152.º do CP duas espécies de agravação da pena em função do resultado estabelecida para o crime de violência doméstica (que se mantêm na versão atual)⁴⁶.

A revisão operada pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro

Em 1998, com a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, concedeu-se ao Ministério Público a possibilidade de dar início ao procedimento no interesse da vítima, podendo esta opor-se ao processo até à dedução da acusação no artigo 152.º do CP (agora com a epígrafe *Maus tratos e infracção de regras de segurança*)⁴⁷. Além disso, reformulou-se o n.º 1, estando abrangidos outros vínculos laborais (substituiu-se a expressão “ou como subordinado por relação de trabalho” por “ou a trabalhar ao seu serviço” e adotou-se a fórmula, mais próxima da vigente, “pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez”.

A revisão operada pela Lei n.º 7/2000, de 27 de maio

Com a Lei n.º 7/2000, de 27 de maio, este tipo legal passou a assumir natureza pública, terminando (?) as “hesitações do legislador nesta matéria”⁴⁸; alarga-se também o âmbito de punibilidade a “progenitor de

⁴⁶ Está contemplada a agravação pelo resultado ofensa à integridade física grave (em que o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos), e agravação pelo resultado morte (em que o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos).

⁴⁷ Atente-se também que nesta revisão de 98, no leque dos sujeitos passivos, houve a substituição dos vocábulos “ou como *subordinado por relação de trabalho*” por “ou a *trabalhar ao seu serviço*” e “pessoa menor, *incapaz, ou diminuída* por razão de idade, doença, deficiência física ou psíquica” por “pessoa menor ou *particularmente indefesa*, em razão de idade, deficiência, doença ou *gravidez*” (destacado nosso). Refira-se que a gravidez constava na versão inicial no art.º 153.º, n.º 2, do CP, mas já não na revisão de 95, tendo sido retomada na revisão de 98.

⁴⁸ TERESA PIZARRO BELEZA, *Violência doméstica, Revista do CEJ*, n.º 8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, p. 288. Para uma reflexão sobre as dificuldades em torno da natureza pública do crime, ver, por exemplo, CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A violência doméstica conjugal: os bens jurídicos protegidos, a desnecessidade de reiteração ou de especial intensidade e a “relação” com crimes “próximos”*, in AA.VV., Estudos em homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva (coord: José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques), Vol. I, Lisboa: Universi-

descendente comum em 1.º grau”; estabeleceu-se uma pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo a de afastamento da residência desta, pelo período máximo de dois anos e consagrou-se um regime especial para o instituto processual de suspensão provisória do processo, onde “a livre requerimento da vítima, tendo em especial consideração a sua situação e desde que ao arguido não haja sido aplicada medida similar por infracção da mesma natureza” era possível a decisão de suspensão provisória do processo. Ou seja, contemplou-se uma “[s]olução de algum compromisso”, uma “válvula de segurança”, num domínio onde, de facto, “[a] decisão da lei não é fácil: se por um lado a seriedade e ubiquidade do crime aconselham o seu carácter público (processualmente falando), o respeito pela liberdade e autonomia individual pode tornar essa escolha problemática”⁴⁹.

A revisão operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro

Com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro procedeu-se à autonomização do crime de violência doméstica face ao crime de maus tratos e ao crime de infracção de regras de segurança, tendo sido fundamentada esta autonomização no reconhecimento das diferenças entre os bens jurídicos tutelados⁵⁰. Numa palavra, a epígrafe do artigo 152.º é a que se mantém na atualidade: “violência doméstica”. Com efeito, e nas palavras de Teresa Belez, a “...a mistura dos preceitos não só era de fundamentação duvidosa (quantos aos bens jurídicos protegidos com

dade Católica, 2020, p. 548 e ss.

⁴⁹ TERESA PIZARRO BELEZA, *Violência doméstica, op cit*, pp. 287 e 288.

⁵⁰ Cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98-X para esta Divisão, que se fundamenta na diferença quanto ao bem jurídico a proteger, sem esclarecimentos quanto a esta identificação (“Ainda em sede de crimes contra a integridade física, os maus tratos, a violência doméstica e a infracção de regras de segurança passam a ser tipificados em preceitos distintos, em homenagem às variações de bem jurídico protegido” – pp. 8 e 9.). Como bem refere Nuno Brandão, “[j]ustificação que, em todo o caso, não é propriamente esclarecedora, não só porque nela não se dá qualquer indicação sobre quais os concretos bens jurídicos em causa, como ainda e sobretudo porque têm existido flutuações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da identificação e caracterização do bem jurídico tutelado pelo crime de violência doméstica e da modalidade de ofensa do mesmo abarcada pelo tipo-de-ilícito” – cf. NUNO BRANDÃO, *A Tutela Penal Especial Reforçada da Violência Doméstica, op cit*, p. 13.

as incriminações) como também tornava o texto do artigo acentuadamente confuso e obscuro”⁵¹.

Na descrição da conduta típica, manteve-se a referência a “maus tratos físicos ou psíquicos”, tendo, no entanto, sido introduzido um elenco complementar, referindo-se que tais atos incluem “castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais”.

Passou o artigo 152.º a incluir a expressão “Quem, *de modo reiterado ou não*, infligir maus tratos” (itálico nosso), afastando-se de forma clara a necessidade de reiteração dos maus tratos, adotando-se uma versão diferente da que constava da Proposta de Lei n.º 98-X. Como se fundamentou na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98-X, que vale a pena aqui reproduzir: “Na descrição típica da violência doméstica e dos maus tratos, recorre-se, em alternativa, às ideias de reiteração e intensidade, para esclarecer que não é imprescindível uma continuação criminosa”, ficando na proposta a expressão “Quem, de modo intenso ou reiterado...”⁵². Ou seja, na versão final o legislador optou por uma formulação diferente, deixando cair a alternativa “intensidade”. Nesta medida, temos que os elementos histórico e literal nos parecem afastar, para preenchimento do tipo objetivo, de qualquer exigência de reiteração ou de intensidade⁵³. Pelo menos, parece seguro afirmar que

⁵¹ TERESA PIZARRO BELEZA, “violência doméstica”, *Revista do CEJ*, n.º 8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, p. 288.

⁵² Cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98-X, p. 9 e p. 41.

⁵³ Ver já, por exemplo, na linha de que “...os argumentos literal e histórico convergem na conclusão de que o aplicador não pode exigir tais requisitos para considerar consumado um crime de violência doméstica, sendo que uma interpretação teleológica justifica a agravamento da pena da violência doméstica, não em função da reiteração ou da intensidade da conduta, mas antes por força do maior desvalor inerente a maltratar pessoa relativamente à qual o agente está vinculado por um especial dever de respeito, em função da relação de intimidade que ainda existe ou que já existiu” – ver CLÁUDIA CRUZ SANTOS, *A violência doméstica conjugal: os bens jurídicos protegidos, a desnecessidade de reiteração ou de especial intensidade e a “relação” com crimes “próximos”, op cit*, p. 547. Ver também, no sentido de que não é exigida reiteração, nem intensidade, discordando da interpretação maioritária seguida na doutrina e na jurisprudência, rejeitando, por exemplo, o entendimento seguido por Plácido Conde Fernandes a propósito da revisão de 2007, MARIA ELISABETE FERREIRA, *Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica, op cit*, pp. 4-5. Como aponta a Autora (p. 5): “Para o autor, mantém-se a situação em vigor, apenas com resultando clarificado que a *reiteração* não é exigida, desde que a conduta maltratante seja especialmente *intensa*. Discordamos que este deva ser o entendimento a retirar da atual redação artigo 152.º do Código Penal, a despeito da interpretação maioritária que a jurisprudência e a doutrina têm desenvolvido nesse sentido, tal como o Acórdão aqui posto em crise” (itálico da Autora).

a (eventual) exigência de intensidade não decorre expressamente do tipo legal. A mesma – a existir – pode apenas advir do próprio recorte do bem jurídico, em ligação com os comportamentos puníveis, e das circunstâncias em que o mesmo é colocado em perigo ou lesado⁵⁴. A este ponto voltaremos mais adiante.

Além disso, é ampliado o âmbito subjetivo do crime, passando a incluir-se, para além do cônjuge ou quem conviver com o agente em

⁵⁴ Em sentido semelhante, sobre a revisão de 2007, Plácido Conde Fernandes reconhece que, “[n]a ausência de divulgação das actas referentes aos trabalhos na Primeira Comissão Parlamentar, de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e garantias, a dúvida quanto à remoção do inciso *intenso*, permanece legítima. (...) Eventualmente, a confusão terá surgido do modo alternativo de execução – reiterado ou intenso – ter sido reportado aos *maus-tratos*, quando o deveria ter sido às concretas *ofensas* que os integram. Pois, em congruência valorativa, todos os maus-tratos, no âmbito de uma relação afectiva, deverão ser previstos e punidos neste crime. A questão é que nem todas as ofensas constituem *maus-tratos*, neste sentido penalmente típico. Designadamente, não serão maus-tratos quando careçam de intensidade para colocar em crise o bem jurídico protegido”. Ou seja, entende o Autor, que se se mantinha o enquadramento vigente, apenas com a clarificação do legislador de que a reiteração não é exigida, desde que a conduta seja especialmente intensa – PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *Violência doméstica – novo quadro penal e processual penal*”, Revista do CEJ, n.º 8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, p. 307. Também Taipa de Carvalho observa a substituição do legislador de 2007 da fórmula “de modo intenso ou reiterado” pela “de modo reiterado ou não”, mas mantém a opção, com a referência, por exemplo, ao Ac. do STJ de 4-2-2004, de que “[e]m regra, este tipo de crime exige uma reiteração da conduta criminosa, só em casos excepcionais bastando um só acto, se ele for suficientemente grave para afectar de forma marcante a saúde física ou psíquica da vítima; (...) penso que pode, fundamentadamente, dizer-se que o pensamento dominante na Jurisprudência até à Revisão Penal de 2007 estava, dogmático-teleológica e político-criminalmente, correcto e que, mesmo apesar da actual expressa referência legal à **reiteração ou não** (...), continua correcto, defensável e respeitador da teleologia dos actuais tipos de crime de violência doméstica e de maus tratos, sem desprezitar o respetivo teor literal” (p. 518). Ou seja, “... tendo em atenção que a *ratio* destes dois tipos de crime é a de protecção da saúde e da dignidade humana, e que podem ser subsumíveis a estes tipos de crime acções que, quando isoladamente consideradas, não configuram infracção criminal, não esquecendo, ainda, o tal «princípio bagatelar»- continua válida, mesmo face à actual redacção “de modo reiterado ou não”, a posição jurisprudencial a que fiz referência”. (...) Quero dizer, em resumo, o seguinte: *uma acção isolada de pouca gravidade, mesmo que in se configure uma infracção criminal (p. ex., uma leve ofensa corporal ou injúria) não deve ser qualificada como um crime (...) de violência doméstica ou de maus tratos* (arts. 152.º e 152-A-1 a))” (itálico do Autor)- cf. “Comentário ao Art.º 152.º”, in, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 519.

Paulo Pinto de Albuquerque veio recentemente esclarecer a posição (parca) já vertida. Assim, o Autor apesar de reconhecer que “[o]s maus tratos podem ser reiterados ou

condições análogas às dos cônjuges, também o ex-cônjuge, a pessoa do mesmo ou de outro sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação⁵⁵ e pessoa particularmente indefesa em razão de dependência económica que habite com o agente do crime.

Introduz-se uma agravação do limite mínimo da pena a conduta típica quando o facto for praticado contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima (casos em que a moldura abstrata de 1 a 5 anos é elevada para 2 a 5 anos); também se alargou o número de penas acessórias, que, para além da proibição de contacto com a vítima (que passou a incluir, para além do afastamento da residência, o afastamento do local de trabalho e a possibilidade do seu cumprimento ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância), passou a prever-se ainda a proibição de uso e porte de armas e a obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de violência doméstica, consagrando-se pela primeira vez a possibilidade de vir a ser aplicada a inibição do poder paternal ao agente, por um período de 1 a 10 anos. Foi também alterado o regime de suspensão provisória do processo em casos de violência doméstica⁵⁶.

não, tendo a Lei n.º 59/2007 decidido a querela jurisprudencial sobre a subsunção ao conceito de maus tratos de uma conduta isolada” (“Anotação ao art.º 152.º”, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª edição atualizada*, Lisboa, Universidade Católica, 2010, p. 465), acrescentou em anotação mais recente que se exige “... que o ato ou atos ofendam a vítima de modo especialmente desvalioso e particularmente censurável, pois não é suficiente «qualquer ofensa à saúde física, psíquica, emocional ou moral da vítima, devendo revelar uma «conduta maltratante especialmente intensa» - cf. (“Anotação ao art.º 152.º”, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 4.ª edição atualizada*, Lisboa, Universidade Católica, 2021, p. 465).

⁵⁵ Ou seja, verifica-se uma “neoincriminação parcialmente assimétrica com o regime civil”, onde a coabitação é elemento caracterização da relação conjugal ou análoga – cf. PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *Violência doméstica – novo quadro penal e processual penal*, Revista do CEJ, n.º 8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, p. 311.

⁵⁶ Artigo 281, n.º 7, do CPP: “Em processos por crime de violência doméstica não agravado pelo resultado, o Ministério Público, mediante requerimento livre e esclarecido da vítima, determina a suspensão provisória do processo, com a concordância do juiz de instrução e do arguido, desde que se verifiquem os pressupostos das alíneas b) e c) do n.º 1 [b) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza; c) Ausência de

A revisão de 2013, operada pela Lei n.º 19/2013 de 21 de fevereiro

Com a Lei n.º 19/2013 de 21 de fevereiro, incluiu-se no leque das vítimas aquelas com quem o agente “mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro”⁵⁷ e transformou-se em exemplificativo o elenco das circunstâncias de fragilidade constantes da al. d), do artigo 152.º, adiando a expressão “nomeadamente”⁵⁸. Ou seja, o legislador expandiu o conceito de “pessoa particularmente indefesa”, deixando de ser fechado o elenco e fê-lo apenas neste preceito incriminador⁵⁹.

No âmbito da pena acessória de proibição de contacto com a vítima, procedeu-se à substituição da locução “pode” por “deve”⁶⁰.

A revisão de 2018, operada pela Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto

A Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto contemplou uma outra situação (atual alínea b)), em que o limite mínimo da moldura abstrata de 1 anos é agravado para 2 anos, além da situação prevista anteriormente (quando o

aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza”];

⁵⁷ Relação que pode adensar as dificuldades de delimitação. Concordamos, por exemplo, com ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia*, Julgar, n.º 12: n.º Especial: Crimes no Seio da Família e Sobre Menores, 2010, p. 52, quando entende que é necessário “... uma certa estabilidade em tal relação interpessoal (...) [e a] existência de uma *proximidade existencial efetiva*”. Neste sentido, como aponta o Autor, “... meros namoros passageiros, ocasionais, fortuitos, *flirts*, relações de amizade, não estão cobertas pelo âmbito incriminador do art. 152.º, n.º 1, al. *b)*” (destacado do Autor).

⁵⁸ Art.º 152.º, n.º 1, al d), do CP: “A pessoa particularmente indefesa, *nomeadamente* em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite” (itálico nosso).

⁵⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Anotação ao art.º 152.º, op cit*, p. 639, alerta para o facto de esta “novidade” não ter sido introduzida nos demais tipos que incluem o conceito de “pessoa particularmente indefesa (artigos 132.º, 152.º-A, 155.º e 158.º, do CP), “criando-se uma disparidade dificilmente explicável”. Segundo o Autor, com este alargamento o legislador pretendeu alargar o tipo aos casos de dependência hierárquica entre a vítima e o agressor (o que, em nossa opinião, nos parece uma visão redutora, embora mais à frente, na p. 646, acrescente o Autor se abre o tipo “a situações similares de especial fragilidade da vítima, tais como a pessoa que se encontra numa situação de dependência hierárquica”).

⁶⁰ Referindo o legislador no artigo 152.º, n.º 5, do CP, que “A pena acessória de proibição de contacto com a vítima *deve* incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento *deve* ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância” (itálico nosso).

agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima – atual alínea a)): quando o agente difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento.

A revisão de 2021, operada pela Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto

Por fim, mais recentemente a Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto (que igualmente procedeu a alterações na Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro e no Código de Processo Penal) introduziu alterações no 152.º, do CP. Desde logo, acrescentou-se ao elenco exemplificativo dos maus tratos a *violência económica*, agora se incluindo (expressamente) neste rol as condutas de quem “impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comum”⁶¹.

Além disso, foi aditada a alínea e), ao n.º 1, do artigo 152.º, do CP, aqui se incluindo nos sujeitos passivos expressamente o menor que seja descendente ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a), b) e c), ainda que não exista coabitação. Cumpre já sublinhar que, na versão da lei anterior, a inclusão do “menor” na categoria das vítimas podia decorrer da sua consideração como *pessoa particularmente indefesa*, desde que existisse *coabitação*⁶². É de apontar que a última alteração legal

⁶¹ Na linha do sublinhado no Relatório do GREVIO publicado no dia 21 de janeiro de 2019, disponível em https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/newsroom/-/asset_publisher/anInZ5mw6yX/content/grevio-publishes-its-reports-on-portugal-and-swed-1?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fistanbul-convention%2Fnewsroom%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_anInZ5mw6yX%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D2.

⁶² A criança exposta à violência interparental já foi objeto do nosso estudo (ver *supra* nota 10) e para lá remetemos. Ver ainda RUI DO CARMO, *As crianças vítimas de violência doméstica, op cit.* Ver também Ana Rita Alfaiate, que bem defende “que melhor teria andado o legislador se, sem rebuço, tivesse concluído pelo alargamento do âmbito de protecção da norma a todas as crianças e jovens a cargo”, na medida em que há situações em que não há coabitação com o agressor, como a tutela, que não prevê a necessária coabitação entre a criança ou jovem e o seu tutor, ou o do apadrinhamento civil que, apesar de na sua génese estar uma obrigação de cuidado assente na coabitação, pode manter-se em caso de separação dos padrinhos civis. Para maiores desenvolvimentos ver ANA RITA ALFAIATE, *A necessária (re)definição do bem jurídico protegido no tipo de crime de violência doméstica*, in *Comemorações 40 anos Código Penal – Congresso Internacional*, ebook, disponível em <https://www.fd.uc.pt/40anoscodigopenal/>

ocorrida em 2021 deixou ainda espaço para melhor proteger a vítima particularmente indefesa *idosa* que não coabite, mas a esse problema voltaremos num outro momento⁶³.

Outra alteração diz respeito ao n.º 4 do artigo 152.º, do CP, que vem esclarecer que as penas acessórias de proibição de contato com a vítima, de proibição de uso e porte de armas e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica *podem ser aplicadas mesmo nos casos em que couber ao arguido pena mais grave por força de outra disposição legal*⁶⁴.

Por fim, no n.º 6, do artigo 152.º, do CP procedeu-se a uma atualização da terminologia utilizada, passando agora a utilizar-se a expressão relativa à inibição “do exercício de *responsabilidades parentais*”, bem como “do *exercício de medidas relativas a maior acompanhado*”, aten-

wp-content/uploads/2022/12/ebook_40anos.pdf p. 50 e 51.

⁶³ A este assunto retomaremos, com outro fôlego, não cabendo no propósito deste texto, porque nos parece evidente a necessidade de melhor proteger esta vítima, sobretudo nas situações em que não existe coabitação, através de uma nova intervenção legislativa. De resto, para uma crítica sobre ao entendimento veiculado no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de julho de 2021, entendendo que “a natureza *particularmente indefesa* da vítima a que a lei se refere, decorre automaticamente da sua inclusão num dos grupos de pessoas qualificadas como indefesas, não sendo necessário proceder à avaliação sobre a desproporção de forças entre vítima e agressor, ou a capacidade de reagir da vítima, a não ser em casos excecionais que obriguem a outra conclusão”, ver PAULA RIBEIRO DE FARIA, *As vítimas invisíveis do nosso sistema penal*, 6 junho de 2023, disponível em <https://estadocomarte.blogs.sapo.pt/as-vitimas-invisiveis-do-nosso-sistema-16915>.

⁶⁴ Para uma análise em torno dos dilemas da cláusula da subsidiariedade, que agora o legislador, em parte, quis enfrentar, ver o nosso “Subsídios para a compreensão do crime de violência doméstica – em especial alguns afloramentos em torno dos problemas de concurso”, in JOSÉ LOBO MOUTINHO, HENRIQUE SALINAS, ELSA VAZ DE SEQUEIRA, PEDRO GARCIA MARQUES (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, Vol. III*, Lisboa, Universidade Católica, 2020.

dedo à mudança de regime operada pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto que cria o regime jurídico do maior acompanhado.

Importa agora avaliar, mais detidamente, os comportamentos puníveis a partir da (i)relevância da reiteração e intensidade, convocando igualmente o elemento histórico e literal.

REMATE FINAL: O ELEMENTO LITERAL E HISTÓRICO; O BEM JURÍDICO UMBILICALMENTE LIGADO À ESPECIAL RELAÇÃO; UMA LEITURA DOGMÁTICO-TELEOLÓGICA ADEQUADA

Um olhar para a evolução do tipo legal transparece o visível alargamento do âmbito de aplicação da norma, desde logo quanto à pluralidade dos modos de relacionamento (presente e passado) entre agressor e vítima e à geometria dos atos exemplificativos, onde igualmente deixa de ser necessário (como elemento obrigatório do tipo) a reiteração dos comportamentos.

Centrando nas diferentes versões da descrição da conduta típica, tomando o exemplo centrado nos cônjuges ou análogos⁶⁵: quem *infligir maus tratos físicos, ou tratar cruelmente ou não prestar os cuidados ou assistência à saúde que os deveres decorrentes das suas funções lhe impõem* (versão de 82); quem *infligir maus tratos físicos ou psíquicos* (versão de 95, mantida em 98 e 2000); quem, *de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos*, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais (versão de 2007 mantida até à versão de 2021, onde se acrescentou o impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns), tendo na Exposição de Motivos da Lei que deu origem à revisão de 2007 se sublinhado a existência de uma alternativa (reiteração ou intensidade), para afastar a ideia de repetição em todas as circunstâncias, alternativa que não vingou na formulação final.

Duas questões nos merecem, a partir da evolução, a nossa renovada atenção.

Primeiramente, importa sublinhar que a versão inicial (versão de 1982) começou pela inserção típica da referência à malvadez ou egoísmo, como elemento subjetivo necessário de verificar, pelo menos quanto estivessem em causa os menores, sendo que esta referência deixou de

⁶⁵ Para facilitar a análise, atendendo às versões legais iniciais, onde se exige alguma distinção dos comportamentos típicos em função dos agentes/vítimas.

existir com a revisão de 1995. O crime de violência doméstica é um crime doloso, sendo, por isso, de rejeitar alguma da praxis judiciária que “robustece” esta intenção de atuação do agente, pelo que, concordando com Elisabete Ferreira neste âmbito, “será de rejeitar a tese da exigência de uma especial intenção do agente, para além do requisito geral do dolo, para encontrarmos preenchido o tipo subjetivo de ilícito”⁶⁶.

Em segundo lugar, como reforçámos já, a (eventual) exigência de intensidade não decorre expressamente do tipo legal, podendo a mesma – a existir – apenas advir da compreensão do próprio recorte do bem jurídico umbilicalmente ligado à especial relação subjacente, em ligação com as circunstâncias em que o mesmo é colocado em perigo ou lesado.

Como se deixa intuir, apesar de o tipo legal não integrar, como pressuposto típico, nem mesmo através de uma interpretação sistemática, esta exigência refletida num padrão, que “[o]bedece, por regra, a um guião conhecido e tem menor imprevisibilidade”⁶⁷. Ou seja, apesar de a reiteração ser apenas mero elemento possível do tipo legal, é “socialmente característica da violência doméstica”⁶⁸.

É que importa compreender o tipo social, e, em regra, o retrato da violência doméstica vem associado a uma dependência interpessoal, apesar das múltiplas configurações dos atos e da multidimensionalidade e complexidade do fenómeno, a um desequilíbrio de poder⁶⁹, a um

⁶⁶ MARIA ELISABETE FERREIRA, *Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica*, *op cit*, p. 14.

⁶⁷ Cf. INÊS FERREIRA LEITE, *Sensibilidade & Bom Senso: Um (breve) percurso interpretativo do tipo legal da violência doméstica à luz do seu tipo social e das abordagens judiciais*, *op cit*, p. 14.

⁶⁸ De forma muito clara, como aponta Inês Ferreira Leite, “Não é tipicamente necessário demonstrar-se a reiteração porque, tendo sido criado um clima de tensão, intimidação, violência ambiental, a vítima pode queixar-se logo após o primeiro surto expressivo de violência (o primeiro surto que se concretiza num evento com alguma gravidade, que pode ser delimitado no espaço e tempo, precisamente descrito e objeto de prova). Porém, é mais comum que a vítima apenas registe um surto mais grave como violência (tendo desvalorizado outros momentos violentos), não refira outros episódios (por vergonha ou receio de não ser levada a sério) ou não se provem outros episódios” - INÊS FERREIRA LEITE, *Sensibilidade & Bom Senso: Um (breve) percurso interpretativo do tipo legal da violência doméstica à luz do seu tipo social e das abordagens judiciais*, *op cit*, p. 18.

⁶⁹ INÊS FERREIRA LEITE, *Sensibilidade & Bom Senso: Um (breve) percurso interpretativo do tipo legal da violência doméstica à luz do seu tipo social e das abordagens judiciais*, *op cit*, p. 19 e RUI DO CARMO, *As crianças vítimas de violência doméstica*, *op cit.*, p. 130

“comportamento gerado e mantido no quadro de relações interpessoais que, na maior parte das vezes, não podem (p.e., entre pais e filhos) ou não querem (p.e., entre ser parceiros amorosos) ser finalizadas mas que infligem danos mais ou menos profundos e mais ou menos imediatos”⁷⁰. Ora, a avaliação desta dinâmica relacional, “de forma proativa”, afigura-se fundamental no contexto investigatório, apesar de todas as dificuldades probatórias que caracterizam estes processos judiciais⁷¹.

Nessa medida, também nos parece que, na revisão do tipo legal ocorrida em 2007, se pretendeu abarcar “o contexto social e judiciário da

ess. Está, pois, aqui em causa, uma certa dependência, vulnerabilidade ou submissão da vítima- ver, com muito interesse, sobre os indicadores de violência doméstica como fundamento do diagnóstico diferencial, entre outros, TERESA MAGALHÃES, *Medicina legal e ciências forenses: o papel da multidisciplinidade nos casos de violência doméstica*, in Dias, Isabel (coord.), *Violência doméstica e de género- uma abordagem multidisciplinar*, Lisboa, Pactor, 2018, em especial pp. 63 a 68.

⁷⁰ MADALENA ALARCÃO, *Violência doméstica e intervenção em rede secundária: Porquê e para quê?*, in REDONDO, JOÃO (org.), *Sem violência doméstica. Uma experiência de trabalho em rede*, Ceira, Centro Hospitalar e Universitário de Coimbra, disponível em <https://ces.uc.pt/pt/ces/pessoas/investigadoras-es/madalena-alarcao/publicacoes/capitulos-em-livros>, p. 135. Como sublinha a Autora, “A violência é, habitualmente, uma mensagem analógica do direito que o agressor sente sobre a vítima. (...) a violência traduz uma forma de relação que é ameaçadora para o bem-estar individual e social, aniquiladora do crescimento das pessoas e das sociedades” – cf. MADALENA ALARCÃO, *Prefácio*, in ANA SANI E SÓNIA CARIDADE (coord.), *Violência, agressão e vitimação: práticas para a intervenção*, 2018, 2.ª ed. Revista e aumentada, Coimbra, Almedina, p. 6.

⁷¹ Ver sobre estas conhecidas dificuldades, os relatórios da EARHVD, em especial o relatório números 1/2019-JP. Como naquele primeiro relatório se aponta (p. 12): “Quando os factos podem integrar a prática do crime de violência doméstica, as entidades responsáveis pela investigação, para além da averiguação e recolha de prova sobre factos já ocorridos, devem também promover e desenvolver ações no sentido de conhecer e acompanhar a dinâmica relacional entre as pessoas intervenientes, de proteger a vítima e assegurar a neutralização de outras eventuais condutas violentas da pessoa agressora. No crime de violência doméstica, cujos factos ocorrem muito frequentemente fora do alcance do olhar de terceiros e num contexto em que a vítima está sujeita a um grande constrangimento, dificultando a sua colaboração com a investigação, esta não pode resumir-se à identificação e inquirição dos intervenientes e testemunhas presenciais, sendo particularmente necessário e exigível o recurso a todos os meios legais de preservação, obtenção, recolha e produção da prova, cujo elenco se encontra hoje sistematizado, por referência à atuação imediata após a denúncia, no Manual de Atuação Funcional a adotar pelos OPC nas 72 horas subsequentes à denúncia por maus-tratos cometidos em contexto de violência doméstica. Todavia, nos inquéritos em que se investigaram factos caracterizados como violência doméstica em que entrevistaram A e B, as entidades responsáveis pela investigação criminal atuaram sem proatividade, mesmo perante informações de que os conflitos entre A e B ocorriam há já vários anos e o

violência doméstica, visando acautelar o sucesso do processo penal ainda que não se consigam individualizar vários eventos concretos de violência saliente”⁷². Assim, pode justificar-se ainda a condenação por este tipo legal, “desde que se demonstre a existência de um facto concreto de violência através da prova indiciária, em julgamento – o tal ambiente global de intimidação, menorização, subalternização, a partir de um contexto de imparidade e dependência, que caracterizam o tipo social da violência doméstica”⁷³.

Parece-nos que tem razão Elisabete Ferreira (quanto ao raciocínio e primeira fundamentação, não já quanto à segunda) quando sublinha que: “É indubitável que, pelo menos do ponto de vista formal, as condutas típicas ínsitas na previsão do artigo 152.º do Código Penal são os maus tratos físicos e psíquicos (...), comportamentos que, à partida, pressupõem reiteração. Quando estas ações ou omissões não forem reiteradas, entendemos que o que ditará o seu enquadramento no artigo 152.º, com o conseqüente afastamento dos tipos legais simples respetivos, será não apenas a gravidade intrínseca da conduta praticada, e bem assim, o resultado produzido, na perspetiva das conseqüências materiais para a saúde da vítima, mas também o juízo que, em concreto, se venha a fazer, sobre se aquela conduta se traduziu, ou não, na colocação em causa da pacífica convivência familiar ou doméstica”⁷⁴. Nesta medida, apesar de não concordarmos ser este o bem jurídico tutelado pela norma como adiantámos já, não podemos deixar de entender que pode revelar-se um indício de que o ato único colocou em causa, ou é

conhecimento da existência de anteriores denúncias, que o MP, inclusivamente, juntou ao último inquérito arquivado. Por outro lado, indicadores preocupantes registados nas avaliações de risco deveriam ter suscitado, pela sua importância e gravidade, a necessidade de desenvolver atividade investigatória tendo em vista a procura de elementos de prova indiciária da ocorrência de factos que os pudessem corporizar (designadamente, os indicadores “tentativa de estrangular, sufocar, afogar a vítima ou outro familiar”, “violência sexual contra a vítima ou outro familiar”, “utilização/ameaça de uso de algum tipo de arma” ou aumento no último mês do “número de episódios violentos e ou a sua gravidade”). A investigação criminal, sobretudo no crime com as características da violência doméstica, não se pode restringir ao depoimento da vítima nem ficar na total dependência da iniciativa desta para levar a cabo a recolha de elementos probatórios”.

⁷² Cf. INÊS FERREIRA LEITE, *Sensibilidade & Bom Senso: Um (breve) percurso interpretativo do tipo legal da violência doméstica à luz do seu tipo social e das abordagens judiciais*, op cit, p. 19.

⁷³ *Idem*, p. 19.

⁷⁴ MARIA ELISABETE FERREIRA, *Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica*, op cit, p. 6.

idóneo a colocar em causa, a saúde, enquanto bem-estar físico, moral, social da vítima. Não compreendemos, por isso, a desvalorização (e/ou valorização isolada) de determinados indícios, como o término da relação em sequência dos atos praticados, ou o “estar com o filho ao colo”⁷⁵.

De outra banda, temos também que uma conduta que poderia não ser, num outro contexto, materialmente grave, neste contexto pode sê-lo, porque “encerra uma danosidade social distinta da ofensa praticada em contexto não doméstico”⁷⁶. A conclusão obter-se-á, reitere-se, a partir da compreensão da imagem global do facto para se decidir do preenchimento do tipo, o que significará que possa haver alguma flexibilidade na compreensão, com “fortes cautelas”, de, por exemplo, pequenos episódios de alguma violência no contexto emocional de um conflito relevante no casal, que manifestamente revele paridade/equi-

⁷⁵ Ver o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-1-2013, processo n.º 1354/10.6TDLSB.L1-5 e respetiva crítica em MARIA ELISABETE FERREIRA, *Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica, op cit*, pp. 1 e ss. Aqui entendeu-se que “III- Um único ato ofensivo só consubstanciará um “mau trato” se se revelar de uma intensidade tal, ao nível do desvalor (quer da ação, quer do resultado), que seja apto e bastante a lesar o bem jurídico protegido – a saúde física, psíquica ou emocional – pondo em causa a dignidade da pessoa humana. IV- O facto de o arguido ter atingido a assistente, com um murro, no nariz que ficou «ligeiramente negro de lado» e de a ter mordido na mão (sem lesões aparentes) constitui uma simples ofensa à integridade física que está longe de poder considerar-se uma conduta maltratante suscetível de configurar «violência doméstica». É manifesto que essa conduta do arguido, mesmo tendo em conta que a assistente estava com o filho (então com 9 dias de vida) ao colo, não tem a gravidade bastante para se poder afirmar que, com ele, foi aviltada a dignidade pessoal da recorrente e, portanto, que o seu bem-estar físico e emocional foi, intoleravelmente, lesado”. Importa sublinhar como factos relevantes (dados como provados pelo tribunal *a quo*), para a avaliação em concreto deste fenómeno criminal também o facto de “C) Frequentemente o arguido e a ofendida discutiam, tendo o arguido, por diversas vezes chamado a ofendida de «puta»” e “E) Nessa discussão o arguido gritou com a ofendida, tendo lhe dado um murro no nariz, que ficou ligeiramente negro de lado e mordeu-lhe a mão. F) A ofendida chamou pelo pai, tendo os seus pais entrado no quarto quando o arguido se encontrava em cima da cama e a ofendida sentada na mesma com o filho ao colo, estando estes dois últimos a chorar. G) O arguido, então, começou a bater no berço partindo-lhe as rodas, tendo saído após a situação. H) O arguido e a ofendida cessaram a coabitação nesse mesmo dia”.

⁷⁶ MARIA ELISABETE FERREIRA, *Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica, op cit*, pp. 13 e 14.

líbrio, que poderão ser enquadrados noutros tipos legais, que não o de violência doméstica⁷⁷.

E nessa medida concordamos com o entendimento vertido na Nota Prática referida de que “Para o exercício responsável e eficaz das atribuições do Ministério Público, enquanto titular da ação penal, constitui boa prática de atuação funcional a pronúncia expressa, face ao caso concreto, dos fundamentos de facto e de direito que determinam a desqualificação dos indícios pelo crime de violência doméstica e a integração da factualidade noutros tipos penais”⁷⁸.

De resto, no quadro dos instrumentos de âmbito internacional, por exemplo a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, de 11 de maio de 2011, conhecida por Convenção de Istambul, no seu artigo 3.º, alínea b), define violência doméstica como “todos os actos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem no seio da família ou do lar ou entre os actuais ou ex-cônjuges ou parceiros, quer o infractor partilhe ou tenha partilhado, ou não, o mesmo domicílio que a vítima”⁷⁹. Numa palavra, dessa definição logo se vê que a referên-

⁷⁷ Assim também INÊS FERREIRA LEITE, *Sensibilidade & Bom Senso: Um (breve) percurso interpretativo do tipo legal da violência doméstica à luz do seu tipo social e das abordagens judiciais*, *op cit*, p. 21.

⁷⁸ PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, *Nota Prática n.º 1*, Violência Doméstica – Bem jurídico, março de 2023, disponível em <https://gfcj.ministeriopublico.pt/pagina/nota-pratica-no-1-violencia-domestica-bem-juridico>, p. 2.

⁷⁹ No Relatório Explicativo da Convenção esclarece-se que o artigo 3.º, alínea b), refere-se à “violência entre membros da família ou unidade doméstica, independentemente de laços familiares biológicos ou legais. (...) A violência doméstica inclui principalmente dois tipos de violência: violência entre parceiros íntimos, quer sejam cônjuges ou parceiros actuais ou anteriores, e a violência intergeracional que normalmente ocorre entre pais e filhos”. Sublinha, ainda, que “A violência doméstica entre parceiros íntimos inclui a violência física, sexual, psicológica ou económica entre cônjuges actuais ou antigos e entre parceiros actuais, habituais ou antigos. Trata-se de uma forma de violência que afecta desproporcionadamente as mulheres e se caracteriza por uma clara distinção de género. Embora o termo «doméstica» possa parecer restritivo quanto ao contexto em que esta violência ocorre, os redactores reconheceram que a violência continua frequentemente após o fim de uma relação e por isso concordaram que não é necessária a residência conjunta da vítima e do agressor. A violência doméstica intergeracional inclui a violência física, sexual, psicológica e económica cometida por uma pessoa contra o seu filho ou progenitor (maus tratos a idosos), ou violência deste tipo entre dois ou mais membros da família de gerações diferentes. Mais uma vez, não é necessária a residência conjunta da vítima e do agressor” - Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women

cia à reiteração é irrelevante, e que a violência doméstica foi definida na Convenção de Istambul a partir do tipo de atos que devem serem atendidos e do meio/local/ambiente onde foi realizada – na unidade doméstica, independentemente de existir coabitação no contexto de determinadas relações⁸⁰. O que leva a sublinhar a importância da análise da situação ambiente.

and domestic violence (Istanbul Convention), 11.V.2011, disponível em <https://rm.coe.int/ic-and-explanatory-report/16808d24c6>, parag. 41 e 42. O que não deixa de nos levantar problemáticas novamente a propósito da violência intergeracional, que pretendemos enfrentar.

⁸⁰ MARIA DO CARMO SILVA DIAS, «*Violência doméstica*» na *Convenção de Istambul e no Código Penal Português*, in CEJ, *Violência Doméstica e de Género e Mutilação Genital Feminina*, 2.ª edição, 2019, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=tbJce1EFtH0%3D&portalid=30>, p. 106. A autora entende ser necessária a introdução de alterações no tipo legal português para o adequar à Convenção de Istambul, mais abrangente, e para “conferir uma tutela acrescida ao bem jurídico protegido, consequentemente, melhor defender as vítimas por ela abrangidas”.



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

CÍVEL

SOCIAL

CRIMINAL

CULTURAL

JURISPRUDÊNCIA

Elogio da solidão

(para um fado alexandrino)

MARIA DO ROSÁRIO PEDREIRA

Já corpos não afago,
De beijos nada sei;
Ensino a não bater
O coração magoado.
As memórias que apago
São passos que não dei
E eu tenho de esquecer
A letra do meu fado.

Não caibo num abraço
E fugi do retrato.
Só p'ra não me prender,
Viro costas ao céu.
Se me apertam num laço,
Eu logo me desato,
Desejosa de ser,
De novo, apenas eu.

Antes a solidão
Que a sua mão vadia
No meu peito colada,
Fingindo que era eterna.
Contra toda a traição,
Resisto, dia a dia,
Guardando-me calada
Nos muros da caverna.

Depois do que me fez,
Não deixo que me tomem;
«Não sentir, não sofrer»
É agora o meu lema.
Ninguém é tanta vez
Melhor que qualquer homem
E a prosa pode ser
Mais doce que o poema.

Bíblicos

ANUNCIAÇÃO

Avistei-o de uma
janelinha virada às
estrelas: chegou

voando, embora
não fosse ave. Com

o corpo embrulhado
numa névoa e voz
de música, disse-me

que eu haveria de
ser mãe de um pai
e de um filho ao
mesmo tempo.

Como não entendi,
cuidei que fosse
tudo um sonho; e
só mais tarde, ao

recordar a poeira
dourada das suas
asas a dançar no
quarto, soube que,

para muitos, fora
efectivamente um
sonho, mas que não

chegara a realizar-se.

ESPÍRITO SANTO

Eu não toquei no pão
- ázimo que era - e
nunca aceitei doces de
estranhos. Não provei

o biscoito crestado na
lenha do forno que as
outras mães davam às

crianças, nem abri as mãos
para as nozes, ou brinquei
com castanhas no buraco
da boca. Tão-pouco passou

na minha língua o mel dos
beijos. Juro por Deus que

fiz jejum, que deixei a carne
à fome dos mais pobres e
que apenas guardei para

mim um pouco de água,
nem sequer a fruta que em
ramo tão distante parecia
chamar-me. E, assim mesmo,

cresce, sem entendimento
nenhum, a minha barriga.

Pode alguém dizer-me
o que foi que não fiz?

PIETÀ

A mulher que passou
por mim mostrando a
serra dos dentes queria
mais sangue. E, como

faca que chia ao roubar
a alegria de um corpo,

pôs os olhos nos meus
e disse, com a boca azeda,

que aquele Menino que eu
então tomava nos braços

já não tinha idade para
andar ao colo.

Aventuras do Tio Patinhas pela literatura

AFONSO REIS CABRAL

Em muitas ocasiões perguntam-me, por curiosidade, como se escreve um romance. Perguntam-me como se faz ficção. Não sei, respondo. Mas esta resposta tem um pouco de ficcional, porque pelo menos vou sabendo fazer a minha ficção. Quer dizer que tenho sabido escrever os meus livros, e de algumas ferramentas dessa oficina posso eu falar, embora compreenda muito bem que para mim é sagrado o que para outros é profano.

Basta lermos as resmas de ensaios, de memórias e de biografias: os escritores, como qualquer artista, estão nisto até à raiz – mas há muitas raízes, e nem todas pertencem à mesma árvore. As raízes que alimentam um podem não alimentar o outro.

Uns dizem que é deixar a mão correr, como se a memória muscular tratasse do resto. Outros esquematizam sistematicamente, até espartilham a autonomia da inspiração, como se a matemática tratasse do resto.

Eu só sei como faço. E prometo que desta vez digo mais do que “não sei”, já que um artigo de duas palavras nunca encheu uma revista. Acontece que estou bem lançado no meu novo romance, e até me dá rumo falar aqui de algumas raízes que me levam à escrita.

Ocorre-me um episódio de quando tinha dois ou três anos. Dirigi-me aos encontrões até à cozinha e deparei-me com uma das minhas irmãs sentada à mesa. O seu reflexo nos azulejos e a meia-luz da manhã, e quem sabe até o vapor que se libertava do chá que ela bebia, davam um ambiente íntimo e propício a algo que não era só dali. Essa minha irmã lia e parecia-me que emprestava a sua mente, e, por arrasto, o seu corpo, às páginas do livro, entregue a um gesto que a retirava do mundo, paradoxalmente pondo-a ao mesmo tempo no centro dele.

E eu, que nessa altura pouco mais conhecia do mundo do que o pequeno universo da casa e da família, também me senti arrastado por esse gesto, não compreendendo o que implicava, mas sabendo que testemunhava algo de novo. Era tanto uma luta quanto uma entrega, traduzo eu agora, porque na altura lembro-me apenas de querer muito ser capaz de ler, de partilhar essa viagem à qual o ingresso me era vedado por força das circunstâncias. Porque a minha irmã não se encontrava na cozinha, pois estava tão ou mais esfumada pela leitura do que o seu reflexo na parede.

Só depois soube que o livro em causa era uma das aventuras do Tio Patinhas. Foi a primeira vez que testemunhei o efeito da literatura.

Desde então, procurei-a na biblioteca de casa e na biblioteca pública. Procurei-a nas livrarias e nos alfarrabistas. Procurei-a com a ajuda dos pais e dos amigos. Procurei-a no secundário e na faculdade. Procurei-a na escrita. Na rua, no trabalho, nas férias. Até na Internet. Encontrei-a em todo o lado, incapaz de a definir.

Pelo meio, consegui compreender Ulisses, que não foi feliz na ilha de Ogígia. Homero descreve-o triste na praia, à margem do conforto de Calipso, que o retinha. Ulisses queria fugir porque tudo estava feito, era-lhe dado de bandeja (já para não falar das saudades de Penélope...). Vivía num mundo acabado, imediato, explicado, acessível, fácil – quer dizer, utilitário. Um mundo perfeito. E nisto, claro, faltava-lhe a liberdade.

Como Ulisses, a literatura deseja a fuga a essa ilha. Vai ao encontro do que não é perfeito, do que não serve um fim. Prefere o confronto, o defeito, a busca, a liberdade. Assume que a imperfeição é uma marca da condição humana. Por isso é exigente, obriga-nos a forçar a fuga. E é aventura, diversão, desafio.

No entanto, parece que hoje nem sempre queremos o que é inerentemente humano. Preferimos viver isolados, na ilha. Preferimos Calipso. Cada vez mais procuramos o que é útil, técnico, e queremos a eficácia. Ou nem sequer isso, preferimos simplesmente o alheamento: o que é o Facebook senão uma máquina perfeita, utilitária, que incorpora toda a imperfeição e a normaliza?

A literatura opõe-se transversalmente a isso, tal como qualquer experiência intelectual, religiosa, cultural. Porque se trata disso mesmo, de uma *experiência*, seja do lado de quem lê ou de quem produz.

Estou sobretudo do lado de quem lê, mas tenho tentado ultrapassar a fronteira para o lado de lá, para o lado de quem escreve as tais palavras que combatem a perfeição e o utilitarismo.

Comecei por fazer poemas, mas a certa altura uma das grandes preocupações da minha vida (um dos meus dramas de pré-adolescência...), era decidir se continuaria poeta ou se me tornaria escritor. Por estranho que pareça, os meus pais não me olhavam com sobranceria, pelo menos que eu notasse.

O meu pai chegou a enviar, sem que eu soubesse, alguns dos meus poemas para apreciação. Eu estava no pátio, e a minha mãe apareceu à janela perguntando-me se sabia onde estava o pai, porque Vasco Graça Moura queria falar com ele. Pelos vistos, fora a esse poeta que o meu pai pedira a leitura dos meus poemas. Na altura não o conhecia, mas o entusiasmo com que a minha mãe segurava no telefone devia ter algum significado. Fui imediatamente buscar o pai à garagem, onde este costumava trabalhar a madeira em mil formas nunca acabadas.

No entanto, imagino que Vasco Graça Moura estivesse apenas a ser atencioso, respondendo a um pedido de um desconhecido. «O seu filho que continue, mas leia *As Cartas a Um Jovem Poeta*», disse ele. Desde então, essa obra de Rainer Maria Rilke tem-me acompanhado, e não há dia – minto, vá lá, não há semana – em que não tente responder à questão do autor na primeira carta: «Sou realmente obrigado a escrever?».

Neste momento respondo «sou», justamente porque para mim a literatura é uma experiência única de conhecimento do outro. Tanto no acto da leitura como no acto da escrita.

Gosto de narradores muito diferentes de mim, de personagens com as quais não me cruzo no dia-a-dia. Em *O Meu Irmão*, o professor universitário que inveja o irmão deficiente; no *Pão de Açúcar*, o rapaz de doze anos que procura uma mãe. Quanto mais elas forem menos eu, melhor. Para mim, essa tem sido a chave da escrita.

Por isso, espanto-me com novas formas de ler que ultimamente sufocam os livros com o que é acessório: o escrutínio do autor. Em Portugal, ainda não fomos tomados completamente de assalto, mas em sítios como os EUA, cada vez mais os livros interessam cada vez menos, por serem analisados de acordo com os bons sentimentos de quem os escreveu.

Parafraseando André Gide, bons sentimentos não fazem boa literatura. Pessoas boas fazem boa e má literatura – más pessoas fazem má e boa literatura. Os livros têm de ser lidos à luz do que está escrito, não das boas intenções ou da biografia de quem os escreveu. As consequências de conceitos como *lugar de fala* ou *leitores de sensibilidade*, na literatura, só podem ser nefastas.

Nesta época do novo moralismo dos bons sentimentos públicos, espero que haja muitos artistas ímpolutos e geniais que produzam em quantidade por todos os outros.

Talvez pelo excessivo escrutínio do autor em detrimento da sua obra, movimentos que nada têm que ver com literatura começam a influenciar o seu espaço, espartilhando-a. São famosos os exemplos recentes com Agatha Christie, Roald Dahl e muitos outros.

Ao mesmo tempo, estamos também a presenciar um outro gesto de leitura apontado recentemente por Fran Lebowitz na série documental realizada por Martin Scorsese: cada vez mais, os leitores procuram os livros para se encontrarem, mais do que para encontrarem o outro. Trata-se de um estranho processo de prazer infantil na identificação. Se determinada obra não mostra ao leitor a sua própria vida, se o retratado não *diz* ao leitor, este julga que a obra não *serve*. Identificação torna-se, pois, sinónimo de fruição. Considero isto perigoso para os leitores, que encurtam horizontes, e para a própria literatura, que tantas vezes ultimamente se resume à autoficção, mais ou menos bem conseguida.

Faço o que posso, melhor, escrevo o que posso. Mas demasiadas vezes tento literatura sem contar com a minha própria imperfeição, com o meu erro. Nisso, procuro uma perfeição utilitária, baseando-me de mais em momentos invisíveis, como os do cavalo-da-inspiração de que falava a poeta americana Elizabeth Bishop, sem encontrar o equilíbrio entre isso e o ofício da escrita. Também demasiadas vezes, não tenho qualquer tolerância para comigo, achando que a escrita é um mecanismo que pode ser manipulado sempre da mesma maneira.

Mesmo depois dos meus dois romances, aos quais me poderia agarrar como prova de que é possível – de que foi possível –, a literatura permanece tão estrangeira como a imagem esfumada da minha irmã, naquele tempo. Agora há que perceber que isso é uma coisa boa e avançar sabendo que é possível que tudo resulte apenas, e sempre, numa das aventuras do Tio Patinhas.

As Instituições, os Sentimentos e o Círculo Cultural do Supremo Tribunal de Justiça

FERNANDO DA COSTA SOARES

*Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça
Presidente da Assembleia Geral do Círculo Cultural do Supremo
Tribunal de Justiça*

RESUMO: A finalidade deste texto, que escrevemos na qualidade de Presidente da Assembleia Geral do Círculo Cultural do Supremo Tribunal de Justiça (também adiante designado por Círculo Cultural, ou, simplesmente C.C.), é a de dar alguma informação sobre a génese daquela instituição, em termos de melhor se aquilatar da profunda interligação existencial dos seus fundadores, interligação essa que se baseou não só em afinidades culturais – designadamente do foro jurídico – mas também nos sentimentos de amizade e camaradagem que os uniam. Prendemo-nos em algumas considerações entre essas afinidades e o seu resultado concreto – a criação do Círculo Cultural – precisamente porque entendemos, como nos parece óbvio, que os processos psicológicos que estiveram na base da iniciativa nunca afloraram, nem o podiam, quer no seu ato constitutivo, quer nos seus estatutos.

Ao embrenharmo-nos na análise dos princípios e motivações que estiveram na sua origem resulta, logicamente, que o texto refletirá uma perspetiva histórica, mas que se quer essencialista, sintética e o mais objetiva possível. Assim como se pretende, através dessa perspetiva, contribuir para consciencializar da importância, para os nossos atos de julgar, de uma formação mais ampla do que a de uma estrita juridicidade; do que advirá que o Círculo Cultural merece todo o apoio e salvaguarda das suas atribuições e competências por parte do Supremo Tribunal de Justiça (também infra designado por S.T.J.).

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal de Justiça; Círculo Cultural do Supremo Tribunal de Justiça; métodos de história: positivismo e

história de vida; “O Paraíso Perdido” de John Milton; sentimentos, emoções e pessoas coletivas; inteligência emocional e comunicação em grupo; círculo hermenêutico.

É consabido que as instituições, ao terem na base o fator humano de que depende a sua criação, acabam por remeter, consumadas que estejam na sua objetividade, para uma concordância de vontades dos seus fundadores. Numa perspectiva imediatista e perfunctória – para a qual, aliás, apontam direta e *expressis verbis* os seus estatutos – e como manifestações daquela vontade podem surgir, em primeiro plano, o seu objeto, finalidades e interesses a prosseguir, o que poderá levar a esquecer ou, pelo menos, a secundarizar o empenho, labor e, bem assim, todos os percursos psicológicos de quem teve a iniciativa de as criar. Em suma: o carácter simbólico que a instituição acaba por ter corre o risco de refletir, tão só, as virtualidades práticas do desiderato social ou socioeconómico que os seus criadores visaram atingir. E se é certo que o seu elemento subjetivo, só por si, remete para a identidade das pessoas que o integram, é certo também que a instituição, ao adquirir uma personalidade jurídica autónoma, se sobrepõe aos sujeitos singulares (apesar de sempre deles depender) que levaram a cabo a sua constituição.

Simplemente, como acabámos de aludir, naquela concordância de vontades vai inscrita não só a *voluntas* propriamente dita dos intervenientes na formação da instituição, mas também os sentimentos, os afetos, os sonhos, as crenças e valores, as recordações, as esperanças, ou seja, toda a cultura, toda a subjetividade de quem decidiu entrelaçar espíritos para lhe dar vida.

Todavia, nem os seus estatutos, nem o seu ato constitutivo podem refletir os motivos mais profundos que estão na génese do relacionamento humano que levou os fundadores a acordarem na sua constituição; esse relacionamento, e a congregação de ideias que lhe está implícita, só pode ser atingido pelas trocas simbólicas, nomeadamente por palavras, que entre eles se foram processando ao longo do tempo, com nuances que se perdem e outras que permanecem na memória, mas que nunca, na verdade ontológica do que realmente significaram, ficam plasmadas na formação da instituição; o que vem para dizer que nem toda a sensibilidade, nem todos os sentimentos que anteciparam o seu aparecimento – e mesmo a sua vida ulterior, no desenvolvimento dos seus fins estatutários – acabam por ter qualquer visibilidade objetiva.

Só através de um enfoque histórico é que será possível atingir aquela génese. Esse enfoque, no entanto, não poderá ser orientado por uma mera perspectiva positivista, não só pela discutibilidade do método, mas também pela ausência do registo de factos demonstrativos dessa mes-

ma gênese, factos esses que, por poderem ter a ver com situações em que as pessoas se ligaram por empatias ou conexão de sensibilidades e amizades, nem sempre, como é óbvio, são objetiváveis; acrescentar haverá, assim, de se tomar como referências não só a factualidade acontecida, quando possível, mas também um percurso norteado por um método que tem a ver com uma história de vida.

Vem tudo isto a propósito do Círculo Cultural do Supremo Tribunal de Justiça que é, a nosso ver, um exemplo eloquente da antecedente afirmação sobre a impossibilidade de, unicamente através do seu ato fundador e dos seus estatutos, se alcançarem os sentimentos e os dados psicológicos mais recônditos, mas, porventura, os mais importantes, que conduziram ao nascimento das pessoas coletivas; para que não fiquem submersos será necessário, por consequência e como se aludiu, proceder a uma reflexão sobre a história do C.C. com o quadro referencial *supra* aludido. E uma reflexão sinóptica, já que, *in casu*, pretende revelar não a abrangência total da factualidade acontecida e daquelas vertentes subjetivas, mas, unicamente, a sua essencialidade. Vejamos então:

Pois somos dos já poucos, infelizmente, que podem fazer essa abordagem. E podemos-lo, precisamente, por sermos um dos sócios fundadores e por fazermos parte do restrito núcleo de pessoas que se abalançou a criar o C.C.. Esse núcleo foi constituído, para além de mim, pelo então Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Conselheiro Aragão Seia – de quem partiu a ideia – e pelo Conselheiro Raul Mateus da Silva.

Desaparecido Aragão Seia, só os dois outros elementos daquele núcleo poderiam trazer à luz o caminho trilhado até à constituição do Círculo. Sucede que, ao ser convidado para escrever um texto para a Revista do S.T.J., achei que seria o momento adequado e que estaria bem posicionado, por atualmente deter a qualidade de Presidente da Assembleia Geral – posteriormente ao Conselheiro Francisco Chichorro – para fazer algumas considerações sobre a formação, momentos iniciais e atual existência do C.C..

Já depois de jubilados, o Raul Mateus e eu mantínhamos o hábito, aliás generalizado entre muitos colegas, de continuar a almoçar com os que – ainda no ativo, como o caso do Miranda Gusmão – nos eram mais próximos por terem integrado a mesma secção ou por quaisquer outras afinidades.

Aconteceu, assim, que fazíamos parte de um grupo cujas identidades e amizades se foram consolidando para além da mera colaboração profissional, contribuindo inevitavelmente para esse aperto de relações as impressões que, segundo os nossos pontos de vista, íamos trocando

sobre tudo o que se ia passando, desde os mais prosaicos assuntos do quotidiano, até a questões relacionadas com as novas filosofias e os novos tempos, à arte (a “pop” ou a dita mais erudita), à literatura, à história e até, imagine-se, a questões de direito... Por vezes, findo o almoço, íamos mantendo conversas, pela rua, que terminavam no gabinete do Miranda Gusmão. Existia entre nós, digamos assim, um entrosamento cultural com uma amplitude que excedia a nossa formação jurídica.

Foi neste ambiente – já lá vai um bom par de anos – que o Raul Mateus me disse, um dia, que andava a pensar fazer uma tradução do “Paraíso Perdido” de John Milton a partir da versão francesa, em prosa, de Chateaubriand; a tradução seria interessante, não só pelo conteúdo de um livro daquela envergadura, mas porque seria a primeira em português, já que as únicas conhecidas eram de autores brasileiros (em português do Brasil), nomeadamente a de um juiz. E, dadas as dificuldades do empreendimento, manifestou-me o gosto de que eu participasse nessa tarefa. Pensei, aceitei e lançámo-nos ao trabalho. Cada um traduziria os livros do poema escolhidos segundo o critério que então definimos, mas, depois, ambos reapreciávamos as traduções individuais, resultando, desse modo, um trabalho de conjunto em termos de, através de cedências e sugestões recíprocas, se conseguir um todo com um conteúdo e estilo únicos: um trabalho difícil e duro, e exigindo um espaço onde o pudéssemos fazer em conjunto e num lugar em que tivéssemos algum apoio informático. Numa daquelas conversas, o Miranda Gusmão disponibilizou-se para, fora dos tempos em que ele lá estava a trabalhar, nos ceder o seu gabinete. Foi a cereja no topo do bolo: continuar no S.T.J., no gabinete do Gusmão, a trabalhar, embora agora noutra área, num lugar mais que motivante já que, para além do aspeto prático, estava impregnado da ambiência cultural e afetiva com que se tinha vindo a desenvolver o nosso relacionamento.

Metemos mãos à obra e era rara a semana em que não nos reuníssemos, pelo menos dois ou três dias, de manhã à noite, no “nosso” novo gabinete.

Este gabinete, nas antigas instalações do Supremo, dava para um corredor que, por seu turno, conduzia ao gabinete do Presidente Aragão Seia; acontecia, então, frequentemente cumprimentarmo-nos e encontrarmo-nos de passagem e, a breve trecho, Aragão Seia, perante alguma troca de palavras sobre a atividade que desenvolvíamos, foi tendo consciência dos nossos interesses culturais extrajurídicos. Além do que havia uma espécie de fluido de inteligência emocional, digamos assim, entre alguns colegas, que levava a que se fossem apercebendo de que nem só de questões jurídicas se tratava nos gabinetes do S.T.J., antes se podendo tratar de outros saberes que, *in casu*, estavam, precisamente,

relacionados com a tradução de um texto poético que, à partida, nada tinha a ver com o direito.

É neste contexto que, volvidos uns meses, uma vez, durante uma sessão, o Raul Mateus me diz que o Seia lhe tinha sugerido criar junto do S.T.J. uma instituição com fins culturais de um âmbito mais alargado do que o da estrita juridicidade – mas para a complementar e aprofundar – e que o outro colaborador com perfil adequado à tarefa a realizar seria o Costa Soares; disse-me ainda que, dadas as suas funções na presidência, o Aragão Seia como que delegaria nele e em mim a promoção e execução dos atos necessários à materialização daquela proposta, que achei fascinante e aceitei.

Não sei, concretamente, o que motivou a iniciativa do Presidente. O que sei, em síntese, é que ao nosso trabalho no desenvolvimento da referida tradução foi acrescentado – como que numa sequenciação por ela motivada, pelo menos aparentemente – o trabalho de criação da sugerida instituição.

Desde logo se começou a imaginar uma denominação e, depois de várias tentativas, o Raul Mateus avançou com um nome que me pareceu bastante apropriado e, por isso, logo anuí: tal nome, que seria o da instituição em formação, era, sem mais, “Círculo Cultural do Supremo Tribunal de Justiça”; comunicámo-lo ao Aragão Seia que também o achou conveniente. Estava lançada a primeira pedra para a construção que, a seguir, iria ter lugar. Começámos a pensar em quem poderia integrar, para além de nós, um grupo de sócios fundadores, dado que tínhamos bem presente que a colegialidade do Supremo, formada pela interligação de personalidades com fortes raízes culturais, não se compadecia com o ínfimo número do “terceto” que acima se referiu. Aliás, havia já colegas que sabiam, por notícia por nós veiculada, ou por intuírem o que se estava a processar – um tanto à semelhança do que se passara aquando da tradução –, do plano que estava em andamento e ao qual aderiam incondicionalmente. Ia-se gerando quase de forma espontânea e um tanto inexplicavelmente – como tantas vezes acontece em coisas ligadas à cultura – mas, num processo onde empatias e um desígnio comum não podiam deixar de ter lugar, a formação do C.C.; deste modo, como que por uma espécie de círculo hermenêutico – não no seu estrito sentido de interpretação textual, mas no sentido alargado de apreensão de qualquer conhecimento –, foi-se apertando e consolidando o “círculo” dos juizes do Supremo que adquiriram a qualidade de sócios fundadores.

Foram eles os Juizes Conselheiros Alberto Aragão Seia, Raul Domingos Mateus da Silva, Fernando da Costa Soares, Miranda Gusmão de Medeiros, Mário de Magalhães Araújo Ribeiro, Francisco José Galvão Chichorro Rodrigues, António Costa Marques, Joaquim Fonseca Henriques

de Matos, José Pereira da Graça, Hugo dos Santos Lopes, João Augusto de Moura Ribeiro Coelho, Abílio Vasconcelos de Carvalho, Manuel Maria Duarte Soares e José Joaquim de Sousa Dinis.

Houve conversas e reuniões no pequeno gabinete – entretanto gentilmente cedido pela Presidência do Supremo – nas quais, do mesmo modo que se esboçavam os estatutos, se planeava o futuro, se teciam conjeturas e fortaleciam laços para enfrentar as tarefas a que tínhamos metido ombros, ia-se, pouco a pouco, espreado o ideal que nos unia e que se queria levar ao maior número possível de colegas.

Os estatutos e regulamento foram discutidos em reunião de 28 de fevereiro de 2002 no gabinete do senhor Presidente do S.T.J.; aprovados e cumpridas que foram as demais formalidades e requisitos necessários, procedeu-se à realização da escritura de constituição, que teve lugar no 11.º Cartório Notarial de Lisboa e na qual foram outorgantes todos os sócios fundadores.

Estava, finalmente, constituído o C.C., tendo-lhe então sido atribuído, por consenso, o logotipo, que ainda hoje o distingue, da autoria de Hugo Lopes.

Aqueles sócios, reunidos em 6 de fevereiro de 2003, funcionando como Comissão Instaladora – prevista no artigo 20.º dos estatutos à altura vigentes – nomearam o sócio Raul Mateus como coordenador dessa Comissão que assumiu, assim, as funções atribuídas pelos n.ºs 2 e 3 daquela disposição.

Em 20 de novembro de 2003, por ato deliberativo da Comissão, realizou-se na Sala de Atos do S.T.J. a eleição dos primeiros corpos gerentes, tendo sido eleitos os candidatos da Lista A nos termos seguintes: Assembleia Geral – Presidente: Conselheiro Francisco Chichorro Rodrigues; 1.º Secretário: Conselheiro Manuel Maria Duarte Soares; 2.º Secretário: Conselheiro Abílio de Vasconcelos. Direção – Presidente: Conselheiro Aragão Seia; Vice-Presidente: Conselheiro Raul Mateus; Vogal: Conselheiro Miranda Gusmão; Vogal-Secretário: Conselheiro Fernando da Costa Soares; Tesoureiro: Conselheiro João Augusto Ribeiro Coelho. Conselho Fiscal – Presidente: Conselheiro António Quirino Duarte Soares; 1.º Vogal: Conselheiro Mário Araújo Ribeiro, 2.º vogal: Conselheiro José Pereira da Graça.

Será de notar agora, por estar dentro do espírito deste texto, que, ainda antes da eleição dos corpos sociais mas, dentro das competências da Comissão Instaladora, se procedeu, pelo natal de 2002, ao lançamento da referenciada tradução, com prefácio e notas dos autores, editada por “Chaves Ferreira – Publicações, S.A.”; foi uma cerimónia discreta,

presidida pelo então Vice-Presidente do S.T.J., Conselheiro Nunes da Cruz, mas que nem por isso deixou de ser o primeiro evento cultural realizado no âmbito das atividades que nos propusemos.

Entretanto, não se poderia funcionar nem sem instalações, nem sem alguém que coadjuvasse as atividades de secretaria.

Foi então, uma vez mais, que a Presidência do S.T.J. – que sempre esteve numa posição de alicerce, passe o termo, do Círculo Cultural e que ainda hoje se mantém na pessoa do atual Juiz Presidente, Conselheiro Henrique Araújo – se disponibilizou para nos ceder um gabinete e permitir, sem quaisquer custos, que a sua secretária Isabel Meirim levasse a efeito aquelas atividades; Isabel Meirim foi sucedida por Ana Ferreira e Ana Natal, esta última atualmente em funções, todas elas prestando uma incondicional dedicação que reconhecidamente se regista.

Os Presidentes da Direção – que são, estatutariamente, os seus representantes – foram Aragão Seia, como se disse, seguido do Raul Mateus e de mim próprio, que exerci o cargo desde 15 de fevereiro de 2007 até 24 de fevereiro de 2022, data a partir da qual assumiu a presidência o Conselheiro Barros Caldeira que bem tem sabido manter a chama que ajudámos a acender.

Em fins de 2016 começou a impor-se a necessidade de se proceder a uma alteração dos primeiros estatutos – já por conterem normas transitórias que o circunstancialismo fático foi tornando inúteis, já por estarem desadaptados às novas realidades – e respetivo regulamento. Nesse sentido, a Direção nomeou uma Comissão, constituída por mim e pelo Cons. Barros Caldeira, que elaborou projetos, os quais, após ampla e participativa discussão, foram aprovados em reunião extraordinária da Assembleia Geral, de 18 de outubro de 2017.

Seria fastidioso, e extravasaria o objetivo pretendido, alongarmo-nos na narrativa de todos os acontecimentos que, de perto ou de longe, marcaram a existência do C.C., sendo, a propósito, bem elucidativas as atas das frequentes reuniões da Direção e das sessões da Assembleia Geral. Não obstante, sempre será de lembrar, numa nota muito breve, que o Círculo, apesar de nunca ter disposto de meios materiais consentâneos com as suas finalidades, publicou o livro “Mundo das Letras e Tribunais”, Edições Almedina S.A. (uma coletânea de textos jurídicos e literários da autoria de vários associados, com capa de Adriano Souto Moura e ilustrações de Hugo Lopes e Lúcio Teixeira) por mim coordenado e revisto, a revista Tejo, coordenada por Raul Mateus, Boletins também por mim coordenados – que tiveram a honrosa participação de muitos colegas – realizou várias conferências, algumas delas, mais recentemente, em colaboração com a Associação dos Antigos Estudan-

tes da Universidade de Coimbra em Lisboa –, promoveu lançamentos de livros, efetuou deslocações aos museus da Fundação Calouste Gulbenkian, com quem acordou uma parceria, ao Teatro Nacional de S. Carlos, à Casa da Música e Museu Serralves no Porto e ao Teatro Circo de Braga, só para dar alguns exemplos, procedendo ainda a inúmeros passeios culturais, em Lisboa e por todo o país, com visitas a monumentos, exposições e lugares que nos pareceram os mais representativos.

O que se disse é já bastante para documentar como foi através deste complexivo processo, onde uma factualidade e um objetivo prático são incontornáveis, mas em que não deixa de pairar uma atmosfera com profundos laivos de camaradagem, de emoções e de afetos, que o Círculo nasceu. O trabalho que se desenvolveu ao longo dele foi, por vezes, bastante árduo. Mas foi um trabalho bem paradigmático no sentido de demonstrar como as instituições para além de resultarem de uma interligação de vontades com aquele objetivo, podem ter também na sua base uma vertente formada de sentimentos que não chegam, sequer, a aflorar nem no seu documento constitutivo, nem nos seus estatutos. Acabam por ficar, tão só, no eu mais profundo, na cultura de todos quantos, já lá vão mais de vinte anos, acompanharam com o seu calor humano e o seu entusiasmo as realizações do C.C..

Por isso mesmo, para frisar que na génese do Círculo Cultural poderá encontrar-se uma poética que, indo de Milton a Chateaubriand, se confundiu, depois, na poética dos seus fundadores e todos os seus colaboradores, sócios e não sócios, até se consubstanciar na pessoa coletiva que ele é hoje, por isso mesmo e só por isso, dizíamos, é que nos atrevemos a alinhar estas palavras.

Com a esperança de que, por força dessa poética e dos ideais que a inspiram, o Círculo Cultural continue a existir, com a autonomia que essa força lhe confere, mas como uma parte indissociável do Supremo Tribunal de Justiça.



SUPREMO
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

CÍVEL

SOCIAL

CRIMINAL

CULTURAL

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos de uniformização de jurisprudência (AUJ)

(Julho a Dezembro de 2023)

ACÓRDÃO N.º 6/2023

Proc. 10383/18.0T8LSB.L1.S1-A
(6.ª Secção cível)

«Nos arrendamentos para fins não habitacionais, celebrados antes do Decreto-Lei n.º 257/95, de 30 de Setembro, o locador que pretenda promover a transição do contrato para o NRAU, sem actualização da renda, não está obrigado à indicação do valor do locado, avaliado nos termos dos artigos 38.º e seguintes do CIMI, nem à junção da cópia da caderneta predial urbana, como previsto nas alíneas b) e c) do artigo 50.º da Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, na redacção da Lei n.º 79/2014, de 19 de Dezembro.»

Maria da Graça Trigo (Relatora)

DR-135/2023, SÉRIE I
de 2023-07-13

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA

BASE DE DADOS
JURÍDICA



ACÓRDÃO N.º 7/2023

Proc. 3655/06.9TVLSB.L2.S1-A
(6.ª Secção cível)

«A ação de indemnização fundada na venda de coisa indeterminada de certo género defeituosa está submetida ao prazo de caducidade previsto no artigo 917.º do Código Civil, a tanto não se opondo o disposto no artigo 918.º do mesmo Código.»

José Rainho (Relator)

DR-149/2023, SÉRIE I
de 2023-08-023

TEXTOS INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA

BASE DE DADOS
JURÍDICA

**ACÓRDÃO N.º 8/2023**

Proc. 46/19.5GAOHP.C1-A.S1
(5.ª Secção crime)

«Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Código Penal (na redação dada pela Lei n.º 77/2001, de 13 de julho), a pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor abrange a condução de todas as categorias destes veículos.»

Helena Moniz (Relatora)

DR-184/2023, SÉRIE I
de 2023-09-21

TEXTOS INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA

BASE DE DADOS
JURÍDICA



ACÓRDÃO N.º 9/2023

Proc. 123/16.4SWLSB-F.L1-A.S1
(5.ª Secção crime)

«No crime de tráfico de estupefacentes previsto no art.º 21º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.1, que se realiza em actos reiterados, o momento que, por referência à data do trânsito em julgado da primeira condenação anterior, releva para aferir a existência da relação de concurso de conhecimento superveniente prevista no art.º 78º do Código Penal, é o da prática do último acto típico.»

Eduardo Loureiro (Relator)

DR-184/2023, SÉRIE I
de 2023-09-21

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA

BASE DE DADOS
JURÍDICA



ACÓRDÃO N.º 10/2023

Proc. 184/12.5TELSB-R.L1-A.S1
(3.ª Secção crime)

«Na fase de inquérito, compete ao juiz de instrução ordenar ou autorizar a apreensão de mensagens de correio eletrónico ou de outros registos de comunicações de natureza semelhante, independentemente de se encontrarem abertas (lidas) ou fechadas (não lidas), que se afigurem ser de grande interesse para descoberta da verdade ou para a prova, nos termos do art. 17.º, da Lei n.º 109/2009, de 15/09 (Lei do Cibercrime).»

Pedro Branquinho Dias (Relator)

DR-218/2023, Série I
de 2023-11-10

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA

BASE DE DADOS
JURÍDICA



ACÓRDÃO N.º 11/2023

Proc. 698/11.4TAFAR.E1-A.S1
(3.ª Secção crime)

«O requerimento apresentado pelo condenado, peticionando a substituição da multa por dias de trabalho, nos termos do artigo 48.º, n.º 1 do Código Penal, não integra a causa suspensiva da prescrição prevista no artigo 125.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal.»

Nuno Gonçalves (Relator)

DR-218/2023, Série I
de 2023-11-10

TEXTOS INTEGRAIS

DIÁRIO
DA REPÚBLICA

BASE DE DADOS
JURÍDICA

**ACÓRDÃO N.º 12/2023**

Proc. 8344/17.6T8STB.E1-A.S1
(6.ª Secção cível)

«Nos termos da alínea c), do n.º 1 do artigo 640.º do Código de Processo Civil, o Recorrente que impugna a decisão sobre a matéria de facto não está vinculado a indicar nas conclusões a decisão alternativa pretendida, desde que a mesma resulte, de forma inequívoca, das alegações.»

Ana Resende (Relatora)

DR-220/2023, SÉRIE I
de 2023-11-14

TEXTOS INTEGRAIS

DIÁRIO
DA REPÚBLICA

DECLARAÇÃO DE
RETIFICAÇÃO



BASE DE DADOS
JURÍDICA



DECLARAÇÃO DE RETIFICAÇÃO N.º 25/2023

«Retifica-se o sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 12/2023, Processo n.º 8344/17.6T8STB.E1-A.S1.»

DR-230/2023, SÉRIE I
de 2023-11-28

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA



BASE DE DADOS
JURÍDICA



ACÓRDÃO N.º 13/2023

Proc. 3125/11.3TJCBR-B.C1.S1-A

«A regra prevista no art. 14.º, n.º 1, do CIRE, restringe o acesso geral de recurso ao STJ às decisões proferidas no processo principal de insolvência, nos incidentes nele processado e aos embargos à sentença de declaração de insolvência.»

Afonso Henriques (Relator)

DR-225/2023, SÉRIE I
de 2023-11-21

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA



DECLARAÇÃO DE
RETIFICAÇÃO



BASE DE DADOS
JURÍDICA



DECLARAÇÃO DE RETIFICAÇÃO N.º 26/2023

«Retifica-se a declaração de voto do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2023, Proc. n.º 3125/11.3TJCBR-B.C1.S1-A – Diário da República, 1.ª série, n.º 225, de 21 de novembro de 2023.»

DR-233, SÉRIE I
de 2023-12-04

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA



BASE DE DADOS
JURÍDICA



ACÓRDÃO N.º 14/2023

Proc. 5259/19.7T9CBR.C1-A.S1
(5.ª Secção crime)

«O crime de ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva, previsto e punível pelo artigo 187.º do Código Penal, pode ser cometido através de escrito.»

António Latas (Relator)

DR-237/2023, Série I
de 2023-11-12

TEXTO INTEGRAL

DIÁRIO
DA REPÚBLICA

BASE DE DADOS
JURÍDICA

**ACÓRDÃO N.º 15/2023**

Processo n.º 611/17.5T8MTS-B.
P1.S1-B

«A admissibilidade de recurso extraordinário de revisão fundado na falsidade de um depoimento não exige que a falsidade tenha sido previamente declarada por sentença transitada em julgado.»

Mário Belo Morgado (Relator)

DR-245/2023, Série 1
de 2023-12-21

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