Data Venia

Revista Jurídica Digital

7

Setembro 2017

Data Venia
Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital
ISSN 2182-8242

Ano 5 ● N.º 07
Publicado em Setembro de 2017

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI.

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de legal research e de legal writing, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.

Índice

PROCESSO CIVIL
As declarações de parte. Uma síntese 5
Luís Filipe Pires de Sousa

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES
Cláusula de garantia ou "Himalaya Clause" 49
Bárbara Candeias

DIREITO EMPRESARIAL
A responsabilidade penal da pessoa coletiva por atos de corrupção 55
Luciana Pacífico Sponquiado

DIREITO DOS SEGUROS
O Seguro obrigatório do Revisor Oficial de Contas: garantias e funcionamento.. 101
Cláudia Sofia Luís Ribeiro de Carvalho

DIREITO PENAL
Inexistência de crime de furto de água decorrente de instalação de sistemas de ligação directa 145
Diego Brito

BIODIREITO E PSICOLOGIA JURÍDICA
Transtorno de Estresse Pós-Traumático 177
Ana Clélia de Freitas

TEORIA DO DIREITO
A legitimidade da autoridade do poder estadual 191
Pedro Tiago Ferreira

DIREITO CIVIL
A jurisprudência como fonte no direito civil português 209
Cristian Bazanella Longhinoti e *Juliana Rodrigues de Souza*

DIREITO DO GOVERNO SOCIETÁRIO
A remuneração dos administradores e a situação económica de crise 231
Patrícia Assunção Soares

BRASIL – DIREITO DO MAR
Uma crítica ao pedido de aumento do mar territorial brasileiro 249
Allen dos Santos Pinto Silva Filho

BRASIL – PROCESSO PENAL
O art.º 385.º, do CPP brasileiro e o sistema processual acusatório 263
Francisco José Vilas Bôas Neto

BRASIL – ANTROPOLOGIA JURÍDICA
Zetética jurídica - Sobre a disciplina de antropologia jurídica para a fundamentação do ser social 283
Luciano Ferreira Rodrigues Filho e Bruno Wesley Melo Neves

Data Venia
Ano 5 ● N.º 07 [pp. 5-48]

As declarações de parte

Uma síntese

Luís Filipe Pires de Sousa
Juiz Desembargador

Sumário: 1. A razão de ser da inovação. **2.** A quem incumbe a iniciativa da sua prestação e qual o seu âmbito. **3.** Qual o sentido da remissão do Artigo 466º, nº2, do Código de Processo Civil. **4.** O requerimento deve discriminar os factos sobre os quais versarão as declarações de parte? **5.** É admissível a acareação entre o declarante e as testemunhas? **6.** A parte pode assistir à audiência de julgamento antes de prestar as suas declarações de parte? **7.** Exclusões à admissibilidade das declarações de parte. **8.** As declarações de parte servem para a parte aduzir factos complementares novos? **9.** O juiz pode rejeitar as declarações de parte com fundamento na sua desnecessidade? **10.** Como valorar as declarações de parte? **11.** As declarações de parte como testemunho de parte

As declarações de parte

Uma síntese

Luís Filipe Pires de Sousa
Juiz Desembargador

Sumário: 1. A razão de ser da inovação. **2.** A quem incumbe a iniciativa da sua prestação e qual o seu âmbito. **3.** Qual o sentido da remissão do Artigo 466º, nº2, do Código de Processo Civil. **4.** O requerimento deve discriminar os factos sobre os quais versarão as declarações de parte? **5.** É admissível a acareação entre o declarante e as testemunhas? **6.** A parte pode assistir à audiência de julgamento antes de prestar as suas declarações de parte? **7.** Exclusões à admissibilidade das declarações de parte. **8.** As declarações de parte servem para a parte aduzir factos complementares novos? **9.** O juiz pode rejeitar as declarações de parte com fundamento na sua desnecessidade? **10.** Como valorar as declarações de parte? **11.** As declarações de parte como testemunho de parte.

1. A razão de ser da inovação

Até à entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, a parte estava impedida de depor como testemunha (Art. 617 do CPC), podendo ser ouvida pelo juiz para a prestação de esclarecimentos sobre a matéria de facto (Art. 266.2. do CPC) sendo que tais esclarecimentos não podiam ser valorados de per si como meios probatórios. Podia ainda a parte ser convocada, oficiosamente ou a requerimento da contraparte, para a prestação de depoimento de parte (Art. 552.1. do CPC).

Constitui doutrina e jurisprudência dominantes que o depoimento de parte constitui um meio processual através do qual se pode obter e provocar a confissão judicial, sendo esta uma declaração de ciência que emana da parte e em que se reconhece a realidade de um facto desfavorável ao declarante (*contra se pronuntiatio*) e favorável à parte contrária a quem competiria prová-lo (Art. 352 do Código Civil). Nessa medida, o depoimento de parte só pode incidir

sobre factos desfavoráveis ao depoente. Chamado a pronunciar-se sobre esta questão, o Tribunal Constitucional no seu Acórdão nº 504/2004, *Artur Maurício*, DR, II Série de 2.11.2004, p. 16.093, foi perentório no sentido de que "A confissão (...) não constitui meio de prova de quem emite a declaração, mas a favor da parte com interesses contrários, ninguém podendo, por mero ato seu, formar provas a seu favor. / Não se vê que fique vedado ao legislador ordinário regular a possibilidade de limitar o depoimento de parte de forma a impedir o exercício do direito de o prestar quando o respetivo objeto seja *irrelevante* enquanto confissão, ou seja, quando se anteveja uma disfunção entre o meio processual e o fim tido em vista pela sua previsão."

Todavia, ainda na vigência do Código de Processo Civil revogado, foi crescendo uma corrente jurisprudencial pugnando no sentido de que o depoimento de parte- no que exceder a confissão de factos desfavoráveis à mesma parte - constitui meio de prova de livre apreciação pelo tribunal – Artigo 361 do Código Civil.[1] Ou seja, embora configurado processualmente no sentido da obtenção da confissão, foram reconhecidas ao depoimento de parte virtualidades probatórias irrecusáveis perante um sistema misto de valoração da prova em que a par de prova tarifada existem meios de prova sujeitos a livre apreciação.

A parte podia ser ouvida pelo juiz sob as vestes preconizadas no Art. 266.2. do CPC e como depoente de parte, estando-lhe vedado ser testemunha em causa própria ("*nemo debet esse testis in propria causa*"). As razões determinantes desta inadmissibilidade são essencialmente três: «receio de perjúrio; as partes têm um interesse no resultado da ação e podem ser tentadas a dar um testemunho desonesto e finalmente mesmo que as mesmas não sejam desonestas, estudos psicológicos demonstram que as pessoas têm uma maior

[1] Neste sentido, cf. os Acórdãos do STJ de 2.10.2003, *Ferreira Girão*, 03B1909, de 9.5.2006, *João Camilo*, 06A989, de 16.3.2011, *Távora Víctor*, 237/04 ("(...)*o depoimento tem um alcance muito mais vasto, podendo o tribunal ouvir qualquer uma das partes quando tal se revele necessário ao esclarecimento da verdade material. E se é certo que "a confissão" só pode versar sobre factos desfavoráveis à parte, não é menos verdade que o Juiz no depoimento em termos gerais não está espartilhado pela confissão, podendo colher elementos para a boa decisão da causa de acordo com o princípio da "livre apreciação da prova*"), de 4.6.2015, *João Bernardo*, 3852/09. No Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 22.11.2011, *Araújo de Barros*, 2700/03, também se discorreu que: «*Por decorrência do princípio da livre apreciação da prova, embora o depoimento de parte seja o meio próprio para colher a confissão judicial das partes, nada impede que dele se extraiam elementos que contribuam para a prova de factos favoráveis ao depoente ou para a contraprova de factos que lhe sejam desfavoráveis*.»

tendência a recordar factos favoráveis do que factos desfavoráveis pelo que o depoimento delas como testemunhas nos processos em que são partes não é, por essa razão de índole psicológica, fidedigno.»[2]

Todavia, constituía dado da experiência comum que a inadmissibilidade da prestação de declarações de parte conduzia – com frequência – a assimetrias no exercício do direito à prova[3] dificilmente compagináveis com o princípio da igualdade de armas ínsito no direito à prova. Constitui exemplo paradigmático o julgamento de acidente de viação em que o autor/condutor – por ser formalmente parte - não era ouvido quanto ao relato da dinâmica do acidente enquanto o segurado (e também condutor) da Ré (Seguradora) era sempre arrolado como testemunha. Por outro lado, existem factos integrantes do *thema probandum* que são por natureza revéis à prova documental, testemunhal e mesmo pericial, nomeadamente «factos de natureza estritamente doméstica e pessoal que habitualmente não são percecionados por terceiros de forma direta»[4], factos respeitantes a «acontecimentos do foro privado, íntimo ou pessoal dos litigantes».[5] No que tange a este tipo de factos demonstráveis por prova tendencialmente única, a recusa do tribunal em admitir e valorar livremente as declarações favoráveis do depoente pode implicar «uma concreta e intolerável ofensa do direito à prova, no quadro da garantia de um processo equitativo e da tutela jurisdicional efetiva dos direitos subjetivos e das demais posições jurídicas subjetivas.»[6]

Se outras razões não ocorressem, tanto bastava para evidenciar a pertinência da consagração das declarações de parte como um novo meio de prova no atual Código de Processo Civil. Na Exposição de Motivos, de forma bastante sucinta, anuncia-se o novo meio de prova assim: «Prevê-se a possibilidade de prestarem declarações em audiência as próprias partes,

[2] ELIZABETH FERNANDEZ, "Nemo Debet Essse Testis in Propria Causa? Sobre a (in)Coerência do Sistema Processual a Este Propósito", in *Julgar Especial, Prova Difícil*, 2014, p. 27.

[3] ELIZABETH FERNANDEZ, *Op. Cit.*, p. 22, apela aqui à ideia de «um preocupante deficit de processo equitativo.»

[4] ELIZABETH FERNANDEZ, *Op. Cit.*, p. 37.

[5] REMÉDIO MARQUES, "A Aquisição e a Valoração Probatória de Factos (Des) Favoráveis ao Depoente ou à Parte", in *Julgar*, jan-abr. 2012, Nº16, p. 168.

[6] REMÉDIO MARQUES, *Op. Cit.*, p. 168.

quando face à natureza pessoal dos factos a averiguar tal diligência se justifique, as quais são livremente valoradas pelo juiz, na parte em que não representem confissão.»

2. A quem incumbe a iniciativa da prestação de declarações de parte e qual o seu âmbito

Nos termos do Art. 466.1. do CPC, "*As partes podem requerer, até ao início das alegações orais em 1ª instância, a prestação de declarações sobre factos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento direto.*"

Atenta a formulação legal adotada, assiste à parte o *direito potestativo processual* de requerer a própria prestação de declarações de parte, tendo como limite temporal o início das alegações orais. Refere PAULO PIMENTA que esta figura tem caráter voluntário, estando preterido à contraparte requerer tal meio de prova nem podendo este ser determinado oficiosamente pelo juiz.[7] LEBRE DE FREITAS conflui na asserção de que as declarações de parte não podem ser ordenadas oficiosamente.[8] RAMOS DE FARIA entende que nada impede que o tribunal determine oficiosamente a prestação de declarações de parte, o que tem fundamento legal bastante no Art. 411 do CPC.[9]

Concordamos com a posição de RAMOS DE FARIA. Com efeito, conforme já referimos noutro lugar, o atual Art. 411 do Código de Processo Civil (correspondente ao anterior Art. 265.3. do CPC) - ao afirmar que incumbe ao juiz ordenar oficiosamente todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer - postula um *critério de plenitude do material probatório* no sentido de que todas as provas relevantes devem ser carreadas para o processo, mesmo que seja por iniciativa do juiz. A decisão de facto só será justa «se o juiz proceder, de modo racionalmente controlável, a uma reconstrução dos factos com observância do critério da

[7] *Processo Civil Declarativo*, Almedina, 2014, p. 356.

[8] *A Ação Declarativa Comum, À Luz do Processo Civil de 2013*, Coimbra Editora, 2013, p. 278.

[9] *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, Almedina, 2013, I Vol., p. 365.

plenitude do material probatório».[10] A admissibilidade do juiz ordenar, oficiosamente, a prestação de declarações de parte sempre resultaria da remissão do Art. 466.2. para o Art. 452.1. do Código de Processo Civil. Por outro lado, sendo a evolução legislativa no sentido de um reforço do inquisitório, a possibilidade de o juiz determinar oficiosamente a prestação de declarações de parte é mais lógica e coerente com tais poderes gerais do juiz em matéria de instrução.[11]

A prestação de declarações versa "*sobre factos em que* [as partes] *tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento direto*", ou seja, sobre factos pessoais, os quais abrangem: (i) o ato praticado pela parte ou com a sua intervenção; (ii) o ato de terceiro praticado perante a parte em que se inclui a declaração escrita dirigida à parte; (iii) o facto ocorrido na presença da parte e (iv) o conhecimento do facto ocorrido na sua ausência.[12] O segmento que se reporta a factos "*de que* [as partes] *tenham conhecimento direto*" diverge, aparentemente, dos factos "*de que o depoente deva ter conhecimento*" (Art. 454.1. do CPC; cf. ainda o regime paralelo do Art. 574.3. do CPC). A redação teria sido mais feliz se o legislador uniformizasse a terminologia. Todavia, não faz qualquer sentido pretender divisar uma subtil distinção entre factos de que a parte *tenha* conhecimento e factos de que a parte *deva ter* conhecimento. Assim, as declarações de parte abarcam os «casos em que, pela natureza do facto e pelas circunstâncias concretas em que ele se produziu, o juiz deve entender, segundo o seu prudente arbítrio, usado em conformidade com as regras da experiência, que a parte dele [*facto*] teve conhecimento."[13] Em suma, o objeto das declarações de parte alarga-se até onde se possa divisar uma presunção

[10] Cf. o nosso *Prova por Presunção no Direito Civil*, Almedina, 2017, 3ª edição, p. 154.

[11] Cf. CATARINA GOMES PEDRA, *A Prova por Declaração das Partes no Novo Código de Processo Civil. Em Busca da Verdade Material no Processo*, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2014, pp. 133-134.

TEIXEIRA DE SOUSA, "Prova por declarações de parte; relações jurídicas indisponíveis", em 23.4.2014, https://blogippc.blogspot.pt/2014/04/prova-por-declaracoes-da-parte-relacoes.html, defende que as declarações de parte podem ser ordenadas oficiosamente. GABRIELA CUNHA RODRIGUES, "Poderes de Iniciativa do Juiz em Processo Civil e ónus da prova", in *Revista do CEJ*, 1º Semestre de 2016, Nº1, p. 36, também defende a admissibilidade do juiz ordenar oficiosamente a prestação de declarações de parte.

[12] LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa Comum, À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra Editora, 2013, pp. 101 e 278.

[13] LEBRE DE FREITAS, *Op. cit.*, p. 101. Cf, ainda, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.3.2010, *Márcia Portela*, 180/09.

judicial no sentido de que determinado facto caiu no âmbito da perceção pessoal da parte.

O caráter estritamente pessoal das declarações de parte impõe que as mesmas sejam obrigatoriamente prestadas pela parte, não podendo as declarações de parte ser prestadas por mandatário ao que contrário do que ocorre com o depoimento de parte.[14]

Pode questionar-se se a parte pode requerer as suas declarações de parte em processos que versam sobre direitos indisponíveis. A questão colhe razão de ser na medida em que as declarações de parte podem constituir confissão (Art. 466.3. do CPC) e esta, como sabemos, não faz prova contra o confitente se versar sobre direitos indisponíveis (Art. 354.b) do CC). A questão emerge porque este meio de prova é tarifado ou de livre apreciação em função do sentido das declarações proferidas, o que suscita uma «bipolaridade artificial».[15]Cremos que será de admitir a prestação de declarações de parte neste tipo de processos em observância do direito à prova e do princípio de inclusão (analisados *infra*). A circunstância de uma eventual confissão ser ineficaz não priva a pertinência da produção deste meio de prova.

Conforme se refere no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10.4.2014, *Ondina Alves*, 2022/07, «(...) se no decurso das suas declarações, a parte confessar algum facto, essa confissão que, em regra, seria devidamente valorada e com os respetivos efeitos, i.e., irretratabilidade e força probatória plena, não se poderá verificar no caso dos autos, por força da natureza da ação [*de divórcio*], sendo, portanto, o meio de prova "declarações de parte" inábil e ineficaz para produzir a confissão. / Mas, essa circunstância não impede, nem limita, a faculdade que a parte tem de lançar mão do novo meio de prova – declarações de parte - sendo estas, em tudo o que lhe for favorável, livremente valoradas pelo Tribunal. / O que se rejeita é que o Tribunal, a pretexto da inviabilidade de confissão, por força da natureza da ação em causa, rejeite o

[14] Cf. CATARINA GOMES PEDRA, *A Prova por Declaração das Partes no Novo Código de Processo Civil. Em Busca da Verdade Material no Processo*, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2014, p. 130 e LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, Coimbra Editora, 1991, pp.. 75/76.

[15] A expressão é de ELIZABETH FERNANDEZ, *Op. cit.*, p. 35.

meio de prova requerido pela parte, decidindo, desde logo e liminarmente, pela sua inutilidade.»

Em anotação a este Acórdão, escreveu TEIXEIRA DE SOUSA:

«Da circunstância de o meio de prova não poder vir a ter o valor probatório da confissão não se segue que ele não possa ser avaliado livremente. Isto é, se não é possível atribuir ao meio de prova qualquer dos valores probatórios que a lei, em abstrato, lhe fixa, é possível atribuir-lhe, pelo menos, um desses valores.

Aliás, a solução está em consonância com o disposto no art. 361.º CC: "O reconhecimento de factos desfavoráveis, que não possa valer como confissão, vale como elemento probatório que o tribunal apreciará livremente". É precisamente o que deve valer para o lugar paralelo da prova por declarações da parte.»[16]

Também a Conselheira MARIA DOS PRAZERES BELEZA admite a prestação de declarações de parte sobre direito indisponíveis.[17]

3. Qual o sentido da remissão do Artigo 466º, nº2, do Código de Processo Civil

Dispõe o Artigo 466.2. que «*Às declarações das partes aplica-se o disposto no artigo 417º e ainda, com as necessárias adaptações, o estabelecido na secção anterior.*»

O legislador foi parco na regulação deste novo meio de prova, entendendo que – por defeito – o regime do depoimento de parte seria aplicável *mutatis mutandis*. Todavia, como se verá, não se aplica em bloco e sem mais o regime do depoimento de parte.

[16] "Prova por declarações de parte; relações jurídicas indisponíveis", em 23.4.2014, https://blogippc.blogspot.pt/2014/04/prova-por-declaracoes-da-parte-relacoes.html.

[17] "A Prova por Declarações de Parte: Uma Desnecessária Duplicação das Alegações das Partes ou Uma Prova Inútil?", p. 12.

Em primeiro lugar, a remissão para o Artigo 417 do Código de Processo Civil significa que a parte pode recusar-se a responder a questões cuja resposta importe violação da sua integridade moral, intromissão na sua vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou telecomunicações bem como violação do sigilo profissional (nº3 do Artigo 417). ISABEL ALEXANDRE entende que «não se proíbe (como resulta do confronto entre o artigo 466º, n.º 1, e o artigo 454º do CPC de 2013) que estas tenham por objeto factos criminosos ou torpes, de que a parte seja arguida, o que parece significar que o legislador consente que a parte solicite ser ouvida sobre um facto dessa natureza e que o mesmo possa ficar provado através das suas declarações.»[18] Dissentimos, parcialmente, da posição desta Professora porquanto se a suscetibilidade da resposta colidir com reserva da vida privada e outras (Artigo 417.3.) confere ao declarante a faculdade de se recusar a depor, por argumento *a fortiori a minori ad maius*[19], o declarante pode recusar-se a responder sobre factos torpes ou que sejam suscetíveis de o constituir em responsabilidade criminal (princípio *nemo tenetur edere contra se,* literalmente: *ninguém é obrigado a manifestar-se contra si próprio*).[20] Não há uma verdadeira proibição de prova mas assiste ao declarante o direito de se recusar a responder sobre tais matérias.

A remissão para o estabelecido na secção anterior constante do nº2 do Artigo 466 reporta-se, em primeira linha, às regras respeitantes à produção da prova por confissão das partes, a saber:

(i) Prestação de juramento pelo declarante (Artigo 459);

(ii) Interrogatório conduzido pelo juiz (Artigo 460);

(iii) Pedidos de esclarecimentos pelos advogados (Artigo 462).

---

[18] "A Fase de Instrução e os Novos Meios de Prova no Código de Processo Civil de 2013", in *O Novo Processo Civil, Contributo da Doutrina para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil*, CEJ, Dezembro de 2013, p. 289.

[19] Cf. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução do Direito*, Almedina, 2013, pp. 442-443.

[20] Conforme se refere no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 340/2013, *Cura Mariano*, www.tribunalconstitucional.pt, «Os direitos ao silêncio e à não autoincriminação devem considerar-se incluídos nas garantias de defesa que o processo penal deve assegurar (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição), não deixando estes direitos processuais de proteger mediata ou reflexamente a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais com ela conexos, como sejam os direitos à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à privacidade, não se revelando necessário, para sustentar o acolhimento constitucional, o recurso a parâmetros mais genéricos ou distantes como o direito ao processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4, da Constituição) ou à presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da Constituição).»

Tal remissão não abrange as regras respeitantes aos requisitos de admissibilidade do depoimento de parte. Assim, não são aplicáveis às declarações de parte as seguintes regras do depoimento de parte:

i. O requisito da legitimidade do depoente, entendido como poder de dispor do direito a que o facto se refere (Artigo 353.1. do CC). Tal requisito explica-se pelo valor especial da prova por confissão judicial escrita que pode ter o efeito equivalente à disposição do direito, raciocínio que não é transponível para as declarações de parte.[21]Conforme refere CATARINA PEDRA, «sendo a confissão um resultado meramente eventual da prova por declarações de parte e não sendo a sua obtenção o objetivo que a determina e delimita, afigura-se de todo incoerente a importação, sem mais, do critério relativo à possibilidade de dispor dos direitos a que os factos se referem para este meio de prova.»[22]

ii. As regras da irretratabilidade e da indivisibilidade da declaração salvo nos segmentos desta em que ocorra confissão.[23]

iii. A regra que permite o requerimento de depoimento de parte pela comparte. Com efeito, a prestação de declarações de parte é um meio de prova – por assim dizer – pessoalíssimo em que é a parte que se autopropõe a prestar tais declarações, fazendo com um intuito finalístico diverso do que preside ao instituto do depoimento de parte cuja ratio única é a obtenção da confissão. Ou seja, «a prestação de declarações é requerida pela parte que as irá prestar, revelando-se este aspeto essencial para a definição da pessoa que assim haja de ser ouvida.»[24]

---

[21] MARIA DOS PRAZERES BELEZA, *Op. Cit.*, p. 12.

[22] *Op. Cit.*, p. 130.

[23] MARIA DOS PRAZERES BELEZA, *Op. Cit.*, p. 12.

[24] CATARINA GOMES PEDRA, *Op. Cit.*, p. 132. Também CAROLINA MARTINS, *Declarações de Parte*, Universidade de Coimbra, 2015, p. 27, entende que pelo caráter específico e estritamente pessoal deste meio de prova não faz sentido requerer a prestação de declarações de parte de uma comparte.

Em sentido oposto, propugnando pela admissibilidade do requerimento para prestação de declarações de parte pelo comparte, cf. RAMOS DE FARIA, *Op. Cit.*, p. 365, «Pode, no entanto, perguntar-se se uma parte pode requerer que a sua comparte preste declarações. Da aplicação conjugada do nº2 deste artigo e do art. 453º, nº3, resulta que sim.»

No que tange à capacidade para a prestação de declarações de parte, afigura-se mais adequada à sua finalidade a aplicação da regra do Artigo 495 do Código de Processo Civil (capacidade para depor como testemunha) de modo que a pessoa incapaz pode requerer a sua prestação de declarações de parte, sendo a sua capacidade para prestar tais declarações aferida nos termos do Artigo 495 do Código de Processo Civil. Se, no decurso das suas declarações, esse declarante reconhecer factos que lhe são desfavoráveis, a respetiva valoração far-se-á nos termos do Artigo 453.2. do Código de Processo Civil e Artigo 361 do CC.[25]

4. O requerimento deve discriminar os factos sobre os quais versarão as declarações de parte?

No atual processo civil, em que os temas da prova adquirem uma formulação mais geral e não analítica e exaustiva, é de questionar se a remissão do Artigo 466.2. implica a aplicação do Artigo 452.2., incumbindo à parte que se autopropõe a prestar declarações discriminar os factos sobre os quais se pronunciará.

Acompanhamos, neste circunspecto, o raciocínio de MARIANA FIDALGO quando afirma que: «(...) consubstanciando-se as declarações de parte num interrogatório dirigido pelo juiz – e não pretendendo ser este um momento em que é simplesmente concedida a palavra às partes, para alegarem à sua vontade – urge que haja um fio condutor na inquirição, que se traduz na indicação desses factos que a parte pretende ver provados. Aliás, tendo este meio de prova lugar somente mediante requerimento da própria parte, de outra forma não se conceberia, sob pena de, desconhecendo o tribunal a intenção probatória da parte, não só não poder avaliar a necessidade de tal meio de prova, como não poder, de todo, proceder à referida inquirição.»[26]

[25] CATARINA GOMES PEDRA, *Op. Cit.*, pp. 131-132.

[26] *A Prova por Declarações de Parte*, FDUL, 2015, p. 72.

Em sentido oposto, CATARINA PEDRA, *Op. Cit.*, pp. 136-137, entende que a necessidade de discriminação dos factos no depoimento de parte devia da funcionalização de tal meio de prova à confissão, o que não ocorre nas declarações de parte, daqui concluindo que não faz sentido esta exigência em sede de declarações de parte.

A omissão da indicação dos factos sobre os quais recairão as declarações de parte não constitui fundamento de indeferimento do requerimento, dando – isso sim – azo a um despacho de aperfeiçoamento – cf. Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 3.4.2014, *Helena Melo*, 3310/13, de 7.1.2016, *Jorge Seabra*, 57/14, www.colectaneadejurisprudencia.com, da Relação do Porto de 18.12.2013, *Rodrigues Pires*, 114/09, da Relação de Coimbra de 17.1.2017, *Carlos Moreira*, 143/13.

5. É admissível a acareação entre o declarante e as testemunhas?

Nos termos do Artigo 523 do Código de Processo Civil, «*Se houver oposição direta, acerca de determinado facto entre os depoimentos das testemunhas ou entre eles e o depoimento da parte, pode ter lugar, oficiosamente ou a requerimento de qualquer das partes, a acareação das pessoas em contradição.*»

A questão que daqui emerge é se se justifica a aplicação por analogia (não pela remissão do Artigo 466.2.) deste regime às declarações de parte, admitindo-se a acareação entre o declarante e as testemunhas.

Aqui há que distinguir entre os segmentos das declarações de parte que integram confissão, por um lado, e os segmentos das declarações em que não ocorra confissão. Na parte em que as declarações de parte integrem confissão, reduzida a escrito *ex vi* Artigo 463.1., as mesmas têm força probatória plena contra o declarante/confitente (Artigo 358.1. do CC), não podendo tal valor ser afastado por um meio de prova de livre apreciação como é a prova testemunhal (Artigos 347º e 396 do CC). Nesta medida, a acareação constituiria neste cenário um ato inútil e – como tal – deve ser rejeitada.

Diversamente, nos segmentos das declarações de parte em que não ocorra confissão, nada obsta a que se requeira a acareação com as testemunhas que depuseram de forma colidente. Conforme refere CATARINA GOMES PEDRA, «Sendo o valor probatório das declarações das partes apreciado livremente, não se vê que especiais riscos possa comportar a possibilidade de acareação entre estas ou entre estas e os depoimentos das testemunhas. Na verdade, não é desprovida de razão de ser e de utilidade a possibilidade daquela acareação em

nome da descoberta da verdade material e na medida em que não há, entre umas e outros, disparidade de valor probatório.»[27]

Não se ignora que numa fase adiantada do julgamento, na qual normalmente ocorrerá a prestação das declarações de parte, a formulação de requerimento peticionando a acareação entre o declarante e uma testemunha suscitará – com muita probabilidade – desagrado no julgador, tanto mais que as acareações normalmente são improfícuas. Todavia, sempre em nome da maior segurança que se propicia ao julgador com a incorporação do máximo de informação possível no processo, não se vê fundamento bastante para a não aplicação analógica do artigo 523 às declarações de parte.

6. A parte pode assistir à audiência de julgamento antes de prestar as suas declarações de parte?

A possibilidade da parte assistir à audiência de julgamento, antes de prestar as suas declarações de parte, constitui talvez o aspeto prático deste novo regime das declarações de parte que mais afronta o quadro mental dos operadores judiciários. Com efeito, a circunstância de quem é ouvido em julgamento só poder assistir ao julgamento após a sua audição constitui regime e prática processual arreigados e de fácil apreensão. A assimilação da informação transmitida pelas demais pessoas inquiridas ou que prestam depoimento de parte é suscetível de interferir no conteúdo e formulação do relato subsequente pelo declarante de parte, colidindo com a espontaneidade e outros fatores que relevam na valoração do mesmo.

Na doutrina, ELIZABETH FERNANDEZ não vê nenhum inconveniente no regime referido uma vez que: «(…) a parte domina o material fáctico e probatório do processo só por ser parte, pelo que seria artificial apenas admitir a mesma a prestar declarações nos termos em que as testemunhas são admitidas a fazê-lo, ou seja, sem a presença umas das outras.»[28] Também RUI PINTO afirma que: «A parte pode muito bem ter assistido aos atos prévios, acompanhada do seu

[27] *Op. Cit.*, p. 143.

[28] *Um Novo Código de Processo Civil?: Em Busca das Diferenças*, Porto, 2013, Vida Económica, pp. 75-76.

mandatário, e pretender, após estes, apresentar a sua versão dos factos. Tal está no claro espírito da norma.»[29]

Em prol do direito da parte assistir ao julgamento, são ainda invocáveis as seguintes considerações.

A aplicação analógica da regra do Artigo 512.1. do Código de Processo Civil não é viável porquanto sempre estaria precludida pela regra da publicidade da audiência (Artigo 606.1. do Código de Processo Civil). Num processo eminentemente privado e de partes, não se concebe que se pretira à própria parte o direito de assistir ao julgamento em que se discutem interesses próprios em nome da eventualidade da sua prestação futura de declarações de parte. A assistência ao julgamento constitui condição *sine qua non* da própria parte ponderar da necessidade e oportunidade da sua prestação de declarações de parte porquanto as declarações de parte são utilizadas, eminentemente, «como instrumento de exercício do contraditório relativamente aos depoimentos testemunhais ou como método de suprimento de dificuldades de prova cuja perceção sobrevém meramente no decorrer do julgamento.»[30] Com efeito, o direito potestativo de prestar declarações de parte pode ser utilizado para impugnar o valor probatório de outros meios de prova, caso em que as declarações assumem uma relevância probatória negativa. Ora, apenas a parte – que não o respetivo mandatário- está totalmente ciente dos factos que conhece e em que interveio, razão pela qual afirmámos já o caráter pessoalíssimo deste meio de prova.

Em sentido oposto, pugnando pela ausência da parte durante o julgamento, argumenta-se que a parte que assiste ao julgamento pode – desse modo - preparar e compor o guião que presidirá às suas declarações, fazendo-o de forma preordenada e em condições que permitem uma manipulação (quiçá desonesta) do acervo probatório recolhido em audiência. As mesmas razões que presidem ao regime do Artigo 512.1. do Código de Processo Civil (a saber: evitar a contaminação pelo cotestemunho; evitar o efeito de conformidade; preservar a espontaneidade e autenticidade do testemunho; precludir a

[29] *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2014, p. 283.

[30] MARIANA FIDALGO, *Op. Cit.*, p. 66.

antecipação das perguntas que serão formuladas[31]) são válidas para a prestação de declarações de parte. Acresce que – consoante veremos infra – na valoração das declarações de parte são utilizados parâmetros parcialmente comuns com a valoração dos depoimentos cuja ativação profícua pode ser inviabilizada se a parte assistir ao julgamento, v.g., espontaneidade, perguntas imprevistas.

Neste contexto, MARIANA FIDALGO entende que: «Cremos que o único meio de harmonizar os valores e princípios em oposição, bem como a problemática a eles subjacente, residirá na valoração que se faça das declarações de parte prestadas – o juiz sempre terá de atender a esta realidade, aquando da análise crítica que fizer da prova produzida em audiência para a consequente formação da sua convicção. De facto, é nosso entender que a circunstância de as declarações de parte ocorrerem no início do julgamento ou, de outra banda, somente em momento anterior às alegações orais – e neste último caso, tendo ou não assistido à produção de toda a prova – poderá modificar a justa apreciação que das mesmas se faça, consoante seja de considerar, ou não, que tal circunstancialismo influenciou, e em que medida, as declarações da parte.»[32]

Concordamos no essencial com a posição enunciada por esta autora. Com efeito, as concretas virtualidades probatórias das declarações de parte são radicalmente diversas consoante a parte tenha, ou não, assistido à produção de prova que precedeu as suas declarações no final da audiência. Caso a parte tenha assistido à restante produção de prova, serão menores – em termos objetivos - as possibilidades da parte prestar declarações com atributos propiciadores do seu convencimento e atendibilidade. O relato da parte será demasiado programado, rígido e excessivamente coerente, eivado de declarações oportunistas. Diversamente, se a parte não assistir à restante produção de prova, o guião já não será tão trabalhado e rígido, tratando-se de um cenário em que a espontaneidade e autenticidade das declarações ainda terão campo útil para emergirem.

[31] Sobre estas questões, cf., mais desenvolvidamente, o nosso *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013, pp. 36-42, 149-150, 298-308.

[32] *Op. Cit.*, p. 66.

Estando a atuação do juiz colimada ao dever de gestão processual (Artigo 6), ao princípio da cooperação (Artigo 7.1.), ao dever de boa-fé processual (Artigo 8) e ao princípio da adequação formal (Artigo 547), temos como recomendável o seguinte procedimento: o juiz, no início da audiência, questionará as partes sobre se admitem requerer a prestação de declarações de parte e, na afirmativa, recomendará que a parte não assista à audiência de julgamento. Naturalmente que este procedimento só colhe sentido se o juiz em causa entender – conforme o fazemos – que o valor probatório das declarações da parte não é indiferente à circunstância da parte ter assistido à produção da demais prova. O que reputamos incorreto é o juiz compartilhar esta visão das virtualidades probatórias das declarações de parte, omitir tal entendimento, para – em sede de valoração da prova – depreciar por tal motivo as declarações de parte. Este último procedimento constituiria uma atuação desleal do juiz.

7.Exclusões à admissibilidade das declarações de parte

Os artigos 392 a 395 do Código Civil impõem exclusões à admissibilidade da prova testemunhal cuja razão de ser radica na falibilidade da prova testemunhal, tida como inidónea para provar determinados factos com um grau de certeza que as testemunhas não podem dar.[33] Em nome da previsibilidade e segurança do tráfego jurídico, a lei dá prevalência a prova documental sobre a prova testemunhal, coartando a apetência das partes para recorrerem a esta com intuitos de infirmar aquela.

Na parte em que as declarações de parte não integrem confissão, as mesmas- à semelhança do que ocorre com a prova testemunhal – são livremente valoráveis. Estando ambas no mesmo patamar probatório e abrangendo a *ratio* de tais exclusões também as declarações de parte (a segurança, fidelidade e credibilidade deste meio de prova são equiparáveis às ínsitas ao comum depoimento testemunhal), haverá que aplicar analogicamente os Artigos 393º a 395º quanto à inadmissibilidade/exclusão das declarações de parte.

[33] Cf. o nosso *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2017, 3ª edição, p. 201.

Assim, por exemplo, a necessidade de forma escrita para o contrato-promessa de compra e venda consubstancia uma formalidade *ad substantiam* que se transmite para o contrato de cessão da posição contratual (cf. Artigo 425º do Código Civil; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10.9.2009, *Márcia Portela*, 4595/07). Tendo sido respeitada tal forma escrita, o contrato de cessão da posição contratual só pode ser revogado/extinto por escrito *ex vi* Artigos 220º, 393º, nº1 e 395º do Código Civil. Nesta precisa medida, não podem ser admitidas declarações de parte visando demonstrar que ocorreu uma revogação verbal de tal contrato de cessão da posição contratual.

8. As declarações de parte servem para a parte aduzir factos complementares novos?

Nos termos do Artigo 5.2.b) do Código de Processo Civil, deve o juiz relevar na decisão de facto os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar.

A questão que daqui emerge é a de definir qual o regime aplicável quando, de forma propositada, a parte guarda a alegação de factos complementares para as suas declarações de parte, surpreendendo a parte contrária numa fase processual em que é mais difícil a produção de um contraditório eficiente sobre tais novos factos complementares.

Uma tal atuação preordenada integra litigância de má fé porquanto consubstancia um uso manifestamente reprovável do processo (Artigo 542.2.d) do Código de Processo Civil). Todavia, não se afigura que as sanções típicas da litigância de má fé (multa e/ou indemnização) constituam sanção suficiente e adequada para tal atuação.

MARIA DOS PRAZERES BELEZA entende que para a parte continua a vigorar a regra da preclusão da alegação dos factos complementares pelo que rejeita,

em princípio, que a parte possa introduzir no processo tais factos pela via das declarações de parte.[34]

TEIXEIRA DE SOUSA entende que a aplicação do regime do abuso de direito não resolve a situação porquanto através deste regime se sancionam situações de abuso ***através*** do processo, quando o que está em causa é uma situação de abuso ***do*** processo. E prossegue:

«Sob um ponto de vista doutrinário, talvez seja mais prometedora uma outra via. Em vez de procurar construir um regime paralelo ao da litigância de má fé, talvez seja melhor procurar esgotar as potencialidades do regime desta litigância. O que se pergunta é então se é possível extrair do regime da litigância de má fé que a parte não pode retirar nenhuns benefícios da sua conduta ilícita.

Existem dois preceitos que demonstram que, além da condenação da parte como litigante de má fé, o tribunal também obsta ao objetivo pretendido pela parte. Um deles é o art. 107.º nCPC (o tribunal que reconhece a tentativa ilícita de desaforamento condena o autor como litigante de má fé e declara-se incompetente); o outro é o art. 272.º, n.º 2, nCPC (o tribunal que conclui que uma outra ação foi proposta só para obter a suspensão da ação nele pendente deve recusar-se a decretar a suspensão da instância).

Para além disto, é evidente que, se a parte omitiu um facto relevante para a decisão da causa, a consequência é a sua condenação como litigante de má fé (art. 542.º, n.º 2, al. b), nCPC) e a consideração do facto omitido para a decisão da causa. Sendo assim, talvez se possa concluir que a parte que não alegou atempadamente o facto e que usou a sua declaração para surpreender a contraparte e dificultar a descoberta da verdade sobre ele pode ser sancionada não só com a sua condenação como litigante de má fé, mas também com a preclusão da alegação do facto. »[35] Esta solução consistente na preclusão da alegação do facto configura-se como a sanção mais adequada para tal litigância de má fé.

[34] *Op. Cit.*, p. 9.

[35] «Declarações de Parte e "Factos-surpresa"», texto de 12.5.2014, https://blogippc.blogspot.pt/2014/05/declaracoes-de-parte-e-factos-surpresa.html#links.

9. O juiz pode rejeitar as declarações de parte com fundamento na sua desnecessidade?

Nos diversos ordenamentos jurídicos existe o princípio da pertinência ou relevância da prova, segundo o qual não devem ser admitidas provas que, mesmo que subsequentemente produzidas com êxito, não facultem qualquer conhecimento útil para a decisão sobre a fixação dos factos.[36] Esse princípio exprime-se no brocardo *frustra probatur quod probatum non relevat* (em vão se prova o que, provado, não é relevante), o qual radica em razões de economia processual. Este princípio tem uma função inclusiva no sentido de que estabelece que todas as provas relevantes podem e devem ser admitidas, à qual se contrapõe uma função exclusiva que impõe a inadmissibilidade das provas irrelevantes.[37] O juiz formula *ex ante* um juízo sobre a relevância da prova, assentando tal juízo num raciocínio hipotético: «o juiz deve partir da premissa de que a prova, no caso de ser admitida, produzirá o resultado prefigurado pela parte que a requere. Colocada esta premissa hipotética, o juiz deve estabelecer se da mesma poderão extrair-se consequências quanto à verdade ou falsidade de um dos enunciados relativos aos factos que devem ser apurados. No caso da prova ser potencialmente idónea a fornecer conhecimentos úteis, a prova é relevante e deve ser admitida.»[38] Não deve confundir-se a questão da relevância com a da eficácia da prova: esta corresponde ao grau de confirmação, ou de suporte cognoscitivo, que a prova pode conferir ao enunciado factual a que se reporta, sendo fixada a final pelo juiz.

O princípio da relevância da prova está expresso no Art. 6.1. do CPC quando se consigna que cumpre ao juiz recusar o que for impertinente ou meramente dilatório. Está também consagrado no Art. 443.1. do CPC quando se impõe ao juiz que não admita os documentos impertinentes.

[36] MICHELE TARUFFO, *La Prueba*, Marcial Pons, 2008, p. 38, afirma que a «relevância é um padrão lógico segundo o qual os únicos meios de prova que devem ser admitidos e tomados em consideração pelo julgador são aqueles que mantêm uma conexão lógica com os factos em litígio, de modo que possa sustentar-se neles uma conclusão acerca da verdade de tais factos.»

[37] MICHELE TARUFFO, *La Prova nel Processo Civile*, Giuffrè Editore, 2012, pp. 65-66.

[38] MICHELE TARUFFO, *Op. cit.*, p. 67.

Na jurisprudência têm sido considerados documentos impertinentes como sendo os que dizem respeito a factos estranhos à matéria da causa[39], a factos cuja prova seja irrelevante para a sorte da ação.[40] São impertinentes os documentos que, por sua natureza, não possam ter qualquer influência na decisão da causa, ou por dizerem respeito a factos que lhe sejam estranhos, ou por representarem factos irrelevantes para a decisão.[41]De um modo mais abrangente, pode afirmar-se que um meio de prova será pertinente desde que se pretenda provar com o mesmo um facto relevante para a resolução do litígio, seja de um modo direto por se tratar de um facto constitutivo, impeditivo, ou extintivo, seja de um modo indireto por se tratar de um facto que serve à construção ou à impugnação de presunções conducentes aos factos principais já referidos ou por se tratar de um facto importante para apreciar a fiabilidade de outro meio de prova.

O princípio da relevância da prova opera como um filtro para a admissão das provas no processo. Em caso de dúvida sobre a relevância final da prova, atento o direito constitucional à prova (analisado *infra*) e as consequências gravosas da eventual procedência de recurso sobre o despacho que rejeite o meio de prova (cf. Art. 644.2.d) do CPC), deverá ser adotado o princípio pró-admissão da prova ou princípio de inclusão, o qual propiciará uma decisão mais fundamentada, mais segura e mais célere.

Há que distinguir entre a relevância ou pertinência do meio de prova, por um lado, e a sua necessidade, por outro. Devem ser rejeitados os documentos que se mostrem desnecessários (Art. 443.1. do CPC), sendo esta norma o afloramento do princípio da necessidade do meio de prova também ínsito no Art. 411 do CPC ("*todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade*").

Na jurisprudência têm sido considerados desnecessários os documentos que, atento o estado da causa, nada sejam suscetíveis de acrescentar ao bom desfecho da lide, ou por dizerem respeito a factos que já se mostram devidamente comprovados, ou por respeitarem a factos que não constam do

[39] Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.4.2006, *Fernanda Isabel Pereira*, 6904/2006.

[40] Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 3.12.2009, *Falcão Magalhães*, 59/08.

[41] Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.3.2009*, Pereira Rodrigues*, 2687/05.

elenco a apurar na discussão da causa, ou ainda por já constarem no processo documento de igual ou superior relevo - v.g., junção de fotocópia do original já junto.[42] Na formulação do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17.4.2012[43], «o juiz do processo é quem está colocado na melhor posição para verificar se as provas requeridas em sede de audiência de julgamento, face às provas já indicadas e às já produzidas, são necessárias para a formação da sua convicção e apuramento da verdade: se concluir que sim ordena a diligência, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 265.º do Código de Processo Civil; se concluir que não, não a ordena, por se tratar de uma diligência com carácter dilatório, na medida em que prolonga temporal e desnecessariamente a vida do processo.»

Não podemos subscrever esta jurisprudência no segmento em que erige, como critério da desnecessidade da prova e sem mais, a convicção já formada pelo juiz quanto à suficiência da prova (já alcançada) de determinados factos.

Com efeito, o direito à prova tem como conteúdo essencial o direito de a parte apresentar as provas das quais se pretende fazer valer para demonstrar o fundamento factual do direito que se arroga, desde que essas provas sejam relevantes, tendo o direito à prova consagração constitucional (Art. 20.1. da Constituição). Assim, o direito à prova «implica o direito à admissão de todas as provas relevantes e admissíveis que a parte deduza.»[44] Cabe à parte eleger, no seu critério, as provas que há de utilizar no processo. De forma clara, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.10.2012[45], afirmou-se que:

«No processo civil igualmente não encontramos norma semelhante [*que limite a produção de prova às provas essenciais*], antes parecendo que as partes, litigando em matérias disponíveis, são ainda soberanas, nessa disponibilidade, para apresentarem as provas que bem entenderem e julgarem – bem ou mal –

[42] Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.3.2009, *Pereira Rodrigues*, 2687/05.

[43] *Alberto Ruço*, 217/10.

[44] MICHELE TARUFFO, *La Prova nel Processo Civile*, Giuffrè Editore, 2012, pp. 84-87.

[45] *Eduardo Petersen Silva*, 108/11. Também no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16.1.2014, *Maria Purificação Carvalho*, 394/12, se considerou que o direito à prova constitucionalmente reconhecido faculta às partes a possibilidade de utilizarem em seu benefício os meios de prova que consideraram mais adequados tanto para a prova dos factos principais da causa, como também para a prova dos factos instrumentais ou mesmo acessórios.

aptas a provar os factos que alegam. O julgador não pode indeferir a inquirição duma testemunha ou a produção dum depoimento de parte com esse fundamento. Em matéria de prova documental, o artº 523º do Código de Processo Civil apenas estabelece que os documentos têm de ser destinados a fazer prova dos factos alegados, posto que ainda estejam por provar. Ser destinado a fazer prova não é a mesma coisa que ser apto a fazer prova. Estamos, de novo, no domínio da liberdade das partes na escolha das suas provas.»

É certo que, à medida que vão sendo produzidas as provas, pode ocorrer uma confluência das mesmas no sentido da confirmação ou refutação de um determinado enunciado fáctico essencial ao processo. À medida que as novas provas repetem as anteriores (no que tange ao seu contributo para o apuramento dos factos) pode colocar-se a questão da sua redundância. A redundância pode ocorrer entre provas do mesmo tipo (v.g. testemunhas) ou entre meios de prova diversos.

A questão que daqui emerge é a de saber se uma prova pode ser rejeitada pelo juiz com fundamento na sua redundância ou, visto de outra perspetiva, com o fundamento do juiz entender que já existem elementos probatórios suficientes para formar a sua convicção quanto à (in) demonstração de determinado enunciado fáctico.

Por um lado, há que ter em consideração que o grau de corroboração de uma hipótese aumenta com o número de resultados favoráveis da averiguação probatória. Por outro, a abundância de informação pode produzir o denominado perigo de transbordamento no seu tratamento, atenta a limitada capacidade humana para processar informação e a necessidade jurídico-processual de proferir uma decisão num período limitado de tempo.

Todavia, não pode afirmar-se que sejam supérfluas todas as provas redundantes. Cada vez que uma testemunha declara ter visto o mesmo que uma testemunha anterior, a sua declaração aumenta a fiabilidade do que foi declarado pela primeira testemunha. Cada nova testemunha faz acrescer um novo grau de corroboração ao que foi dito pelas demais. Esse grau de corroboração, contudo, é decrescente de modo que a partir da primeira prova,

cada nova prova confluente aporta um grau de corroboração menor de modo que «para evitar o perigo de transbordamento da informação, parece epistemologicamente razoável impor algum limite à admissibilidade de provas deste tipo.»[46] Conforme afirma FERRER BELTRÁN, neste caso de redundância de provas do mesmo tipo (v.g. testemunhal), há que «determinar o ponto em que deve situar-se esse limite, questão que não pode ser objeto de uma resposta geral. Deverá, pois, atender-se ao caso concreto, devendo o julgador determinar em que ponto se situa o equilíbrio entre as exigências de corroboração da hipótese e a economia processual.»[47]

Diferentemente, no caso de redundância entre provas de diferente tipo (v.g., declarações de parte *versus* prova testemunhal), «entra em jogo uma regra epistemológica distinta que nos indica que "a confirmação de uma hipótese não depende só da quantidade de dados favoráveis de que se dispõe, mas também da sua variedade: quanto maior for a variedade, maior será o apoio resultante" (Hempel, 1966:58). A razão que sustenta esta regra é bastante simples. Quanto maior for a variedade de testes a que se submete uma hipótese, maiores serão as possibilidades de que seja refutada em caso de ser falsa. E, por isso, outorga maior nível de corroboração em caso do resultado das distintas provas ser positivo para a hipótese.»[48]

No caso de meios de prova distintos, ocorre também um rendimento decrescente das novas provas face às anteriores, sendo que o início desse rendimento decrescente é mais tardio. Assim, «Se a corroboração de uma hipótese nunca é absoluta, então novas provas confirmatórias (e refutadoras) podem ser sempre relevantes. Mas a partir de determinado ponto de equilíbrio, a incorporação de novas provas confirmatórias supõe um grau adicional de corroboração muito pequeno, enquanto aumenta o perigo de transbordamento no manejo da informação por parte do julgador. Nesse ponto, justificar-se-á epistemologicamente a exclusão da prova.»[49]

---

[46] JORDI FERRER BELTRÁN, *La Valoración Racional de la Prueba*, Marcial Pons, 2007, p. 75.

[47] *Op. Cit.*, pp. 75-76.

[48] JORDI FERRER BELTRÁN, *Op. Cit.*, p. 76.

[49] Jordi Ferrer Beltrán, *Op. Cit.*, p. 76.

A análise feita por FERRER BELTRÁN é irrepreensível do ponto de vista epistemológico.

Todavia, os legisladores nacionais adotam regimes díspares quanto à articulação entre o direito à prova e o princípio da economia processual.

Em Espanha, o juiz pode dispensar a produção da prova testemunhal a partir de certo limite mínimo. Nos termos do Art. 363 da Ley de Enjuiciamiento Civil: «*Cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos com relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a esse mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado*.»

Em Itália, nos termos do Art. 209 do *Codice di Procedura Civile*, o juiz pode declarar encerrada a fase da instrução probatória quando considerar supérflua, em função dos resultados já atingidos, a ulterior assunção de prova. TARUFFO formula reservas a este regime, afirmando que não se pode reputar como supérflua uma prova que visa opor-se ao êxito de outra prova ou de qualquer modo a fornecer uma versão diversa dos factos que devam ser provados. «Na realidade, uma prova torna-se supérflua só quando visa demonstrar algo que já está demonstrado por outra forma: só neste caso se poderá evitar a assunção, em nome da economia processual, sem que isso determine uma violação do direito à prova.»[50]Isto porque o direito à prova implica não só o direito de deduzir as próprias provas como a possibilidade de discutir e contrariar as provas da contraparte. LUIGI COMOGLIO, a propósito desta mesma norma, afirma que tal poder do juiz pode colidir com a garantia funcional da imparcialidade, a qual impõe ao juiz que deixe em aberto até ao momento final a formação do seu convencimento sobre os factos controvertidos, vedando-lhe a antecipação desse convencimento para um momento anterior.[51]

O nosso legislador não conferiu ao juiz poderes similares aos existentes em Espanha ou Itália. No que mais se aproxima, limitou-se a reduzir o número

[50] "Il Diritto Alla Prova nel Processo Civile", in *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, p. 98.

[51] *Le Prove Civili*, Utet Giuridica, 2010, p. 49.

de testemunhas admissíveis para dez (Art. 511.1. do CPC), dando poderes ao juiz para aumentar o número de testemunhas e não para o diminuir.

Daqui se infere que o nosso paradigma se consubstancia numa tutela reforçada do direito à prova.[52]Assim, o direito constitucional à prova e a sua regulação no processo civil opõem-se a que o juiz possa dispensar a produção de um meio de prova por entender que o enunciado fáctico em causa já está suficientemente provado. O juiz só tem o poder de rejeitar provas por serem desnecessárias quando existe habilitação legal bastante, como sucede no âmbito dos processos de jurisdição voluntária – cf. Art. 986.2. do CPC.

Por outro lado, não cabe ao juiz antecipar - no decurso da audiência - a explicitação de qual a convicção formada quanto à (in)suficiência da prova sobre os enunciados fácticos em discussão. A convicção que existe nesta fase é - por natureza e definição- provisória, sempre sujeita a revisão face à ponderação mais refletida e abrangente que será feita após a conclusão do julgamento. A audiência insere-se no contexto de descobrimento da prova e a subsequente decisão escrita ancora-se no contexto de justificação da prova que se regem por paradigmas diversos.[53]

O *quantum* da convicção do juiz, formulado na fase de justificação da prova, pode exprimir-se de uma forma decimal desde que esta forma de expressão seja lida como enunciando apenas uma diferença de grau (qualitativa) e não como uma determinação puramente quantitativa. Conforme refere TARUFFO, «o grau de confirmação de um enunciado deriva de inferências lógicas que tenham em conta a quantidade e a qualidade das provas disponíveis que se refiram a esse enunciado, o seu grau de atendibilidade e a sua coerência"[54], apelando-se ao conceito de probabilidade lógica ou baconiana como grau de confirmação obtido por um enunciado com base de elementos de prova que se reportam ao mesmo.

[52] Poder-se-á questionar se o propósito do legislador é apenas este ou se também evidencia - do mesmo passo - uma falta de confiança no juiz de modo a não conferir-lhe poderes similares aos existentes em Espanha ou Itália. Cremos que, em coerência com a consagração mais abrangente do poder/dever de gestão processual feita no CPC de 2013, o legislador poderia ter avançado para uma solução similar à espanhola ou italiana.

[53] Sobre estas noções, cf. o nosso *Prova Testemunhal*, Almedina, 2012, pp. 321-322.

[54] *La Prova nel Processo Civile*, Giuffrè Editore, 2012, p. 231.

O *standard* de prova consiste numa regra de decisão que indica o nível mínimo de corroboração de uma hipótese para que esta possa ser aceite como verdadeira. Cada prova produzida contribui de forma individual e coletiva para a aferição do *standard* de prova aplicável no caso. Há um limite mínimo de probabilidade a partir do qual opera a probabilidade lógica prevalecente, que TARUFFO situa em 0,51. Há que esclarecer a forma de apresentação do grau de confirmação de hipóteses. Na metodologia proposta por este autor, cada prova concreta é valorável numa escala de 0 a 1 (grau particular de confirmação). Por sua vez, a representação da valoração do conjunto da probabilidade da hipótese dever fazer-se numa escala de valores $0 \rightarrow \infty$, sem limite máximo (grau global de confirmação).[55] As duas escalas combinam-se para determinar a probabilidade do facto. Os números são aqui uma forma de expressar relações lógicas e não supõem medidas quantitativas de nada. Um grau de confirmação da hipótese superior a 0,50 deve considerar-se como o limite mínimo abaixo do qual não é razoável aceitar a hipótese como aceitável. Uma só prova clara e segura pode ultrapassar esse limite mínimo, podendo igualmente ser racional aceitar a hipótese confirmada por vários provas ditas indiretas convergentes, por exemplo.[56]

Ora, o *standard* de prova e o raciocínio subjacente à aplicação do mesmo, atinente ao grau de confirmação particular e grau global de confirmação de cada prova, evidenciam que cada prova produzida se repercute no *quantum* da convicção judicial, mesmo que seja para acrescê-la quando já se atingiu um patamar suficiente para a prova do facto, por exemplo, grau de confirmação global de 0,51 num caso comum de responsabilidade civil ou de dívida. Atenta a margem de subjetividade ínsita à valoração da prova, esse *quantum* de

[55] Refere LUIGI LOMBARDO, *La Prova Giudiziale, Contributo alla Teoria del Giudizio di Fatto nel Processo*, Giuffrè Editore, 1999, p. 521, que o grau particular de confirmação, em princípio, é fixado de uma vez por todas e não muda durante o processo. Pelo contrário, o grau global de confirmação é uma noção essencialmente dinâmica na medida em que representa o nível do *status* cognitivo do juiz, o seu grau de convencimento, que se desenvolve à medida que se dispõe de novos elementos de prova. Deste modo, se uma hipótese está já amplamente confirmada, será baixo o grau particular de confirmação decorrente de uma nova prova; diversamente, será mais elevado se a hipótese ainda não está confirmada por alguma prova ou se foram já produzidas provas que confirmam a hipótese contraposta (provas conflituantes). Ou seja, o grau particular de confirmação que cada prova singular é idónea a conferir à hipótese decresce à medida que se reúnem provas convergentes e, em sentido oposto, cresce progressivamente em presença de provas divergentes.

[56] Cf. mais desenvolvidamente, o nosso *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013, pp. 373-384.

convicção pode não ser replicado pelo tribunal de recurso pelo que será temerário rejeitar uma prova com fundamento na existência de um *quantum* de convicção já tido por suficiente.

Feito todo este excurso, concluímos que o juiz não pode rejeitar o requerimento de prestação de declarações de parte pela simples razão de entender que o mesmo é desnecessário face à prova já produzida.

O que o juiz pode fazer é rejeitar a prestação de declarações de parte por inadmissibilidade legal, o que pode ocorrer em duas situações:

(i) Quando os factos sobre que a parte se proponha prestar declarações já estejam plenamente provados por documento ou por outro meio de prova com força probatória plena (Art. 393.2. do Código Civil, por analogia);

(ii) Quando os factos sobre que a parte se proponha prestar declarações beneficiem de prova pleníssima, designadamente os casos de presunções legais inilidíveis, casos em que não é admissível prova em contrário.

O legislador de 2013 esqueceu-se que a teoria material das provas está regulada, em primeira linha, no Código Civil. Constituiu um erro dogmático ou, no mínimo, incorreção técnica criar um novo meio de prova sem que o mesmo tenha sido incorporado no Código Civil.

Na jurisprudência, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.4.2014, *Conceição Saavedra*, 211/12,afirmou-se que:

«Estamos, por conseguinte, no âmbito mais amplo do direito que assiste à parte de provar os factos por si alegados e que sustentam a sua pretensão, ou mesmo de fazer a contraprova dos factos contra si invocados, no quadro do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva (art. 20 da C.R.P.), pelo que, nessa medida, é a cada uma das partes que incumbe eleger os meios de prova adequados à demonstração com que está onerada ou que, de algum modo, convém à prossecução dos seus interesses.

Tal não significa que não devam impor-se certas limitações aos meios de prova utilizáveis em cada caso, mas essas limitações devem mostrar-se *"materialmente justificadas e respeitadoras do princípio da proporcionalidade"*.

Assim sendo, a menos que seja evidente a redundância em sentido favorável à parte requerente, será sempre temerário justificar a recusa de um meio de prova com o facto do tribunal já estar convencido de uma certa versão dos factos.»

10. Como valorar as declarações de parte?

Nos termos do Artigo 466.3. do Código de Processo Civil, o tribunal aprecia livremente as declarações das partes, salvo se as mesmas constituírem confissão. Nos casos em que ocorra confissão, há que sublinhar a imprescindibilidade de efetuar a correspondente assentada a fim de que a confissão passe a beneficiar da força probatória plena consignada no Artigo 358.1. do Código Civil.

No segmento em que não constituem confissão, as declarações de parte são – na definição legal – livremente apreciadas.

Esta liberdade de valoração, todavia, nada nos diz sobre os concretos parâmetros de valoração das declarações de parte nem sobre a função da mesma como meio de prova no processo.

Assim, a doutrina e a jurisprudência vêm assumindo várias posições no que tange à função e valoração das declarações de partes que são aglutináveis em três teses essenciais:

i. Tese do caráter supletivo e vinculado à esfera restrita de conhecimento dos factos;

ii. Tese do princípio de prova;

iii. Tese da autossuficiência/valor probatório autónomo das declarações de parte.

No âmbito da primeira tese, insere-se LEBRE DE FREITAS para quem «A apreciação que o juiz faça das declarações de parte importará sobretudo como elemento de *clarificação* do resultado das provas produzidas e, quando outros não haja, como prova *subsidiária*, *máxime* se ambas as partes tiverem sido

efetivamente ouvidas.»[57] Ou seja, para este autor as declarações de parte têm uma função eminentemente integrativa e subsidiária. PAULO PIMENTA afirma que «Face ao sistema probatório instituído, o mais provável é que a prova por declarações de parte tenha uma natureza essencialmente supletiva(...)».[58]A Conselheira MARIA DOS PRAZERES BELEZA afirma, por sua vez, que «(...) esta proveniência [*da parte*] implicará que, como regra, as declarações de parte não sejam aptas, por si só, a fundamentar um juízo de prova – salvo eventualmente nos casos em a natureza dos factos a provar torne inviável outra prova. »[59]

A razão de ser do surgimento desta figura processual (cf. supra, designadamente alicerçada nas assimetrias probatórias no exercício do direito à prova e nos casos de prova única) estriba, em primeira linha, esta tese, bem como o facto de as declarações poderem ser requeridas até ao início das alegações orais, o que inculca que se visa colmatar falhas ao nível da produção da prova designadamente testemunhal.

Nesta linha de raciocínio, enfatiza-se a maior fragilidade deste meio de prova na demonstração dos factos, imputando-se às declarações de parte um valor autónomo e suficiente apenas quanto a factualidade essencial que, segundo os articulados, apenas teve lugar entre as partes, sem a presença de terceiros intervenientes.[60]

A tese do princípio de prova propugna que as declarações de parte não são suficientes para estabelecer, por si só, qualquer juízo de aceitabilidade final, podendo apenas coadjuvar a prova de um facto desde que em conjugação com outros elementos de prova.

Na doutrina, CAROLINA HENRIQUES MARTINS, *Declarações de Parte*, Universidade de Coimbra, 2015, p. 58, pronuncia-se assim:

«É que não é material e probatoriamente irrelevante o facto de estarmos a analisar as afirmações de um sujeito processual claramente interessado no

[57] *Op. cit*., p. 278.

[58] *Op. cit*., p. 357.

[59] *Op. Cit*., p. 21.

[60] Acórdão do TCAS de 15.12.2016, *Paulo Pereira Gouveia*, 13325/16.

objeto em litígio e que terá um discurso, muito provavelmente, pouco objetivo sobre a sua versão dos factos que, inclusivamente, já teve oportunidade para expor no articulado.

Além disso, como já referimos, também não se pode esquecer o caráter necessária e essencialmente supletivo destas declarações que, na maior parte dos casos, servirá para combater uma fraca ou inexistente prestação probatória.

Caso se considere útil a audição da parte nesta sede quando coexistem outros meios de prova, propomos a sua apreciação como um princípio de prova, equivalente ao mencionado *argomenti di prova* italiano, que não deixará de auxiliar na persuasão do juiz, mas que apenas o fará em correlação com a restante prova já produzida contribuindo para a sua (des)credibilização, e apenas nesta medida.

Estas são as coordenadas fundamentais para a consideração das declarações de parte no nosso esquema probatório.»

Na jurisprudência, esta tese tem sido – provavelmente –a que tem sido mais publicitada.

Sem preocupações de exaustividade, respigamos as seguintes decisões:

- «(...)é certo que atualmente já se admite o "testemunho" de parte, a que se chama declarações de parte (art. 466 do CPC) e a lei diz que o juiz aprecia livremente as declarações de parte, salvo se as mesmas constituírem confissão. Mas a apreciação desta prova faz-se segundo as regras normais da formação da convicção do juiz. Ora, em relação a factos que são favoráveis à procedência da ação, o juiz não pode ficar convencido apenas com um depoimento desse mesmo depoente, interessado na procedência da ação, deponha ele como "testemunha" ou preste declarações como parte, se não houver um mínimo de corroboração de outras provas.»[61]

- «As declarações de parte [*artigo 466º do novo CPC*] – que divergem do depoimento de parte – devem ser atendidas e valoradas com algum cuidado. As

[61] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20.11.2014, *Pedro Martins*, 1878/11, posição reiterada no Acórdão da mesma Relação de 17.12.2014, *Pedro Martins*, 2952/12.

mesmas, como meio probatório, não podem olvidar que são declarações interessadas, parciais e não isentas, em que quem as produz tem um manifesto interesse na ação. Seria de todo insensato que sem mais, nomeadamente, sem o auxílio de outros meios probatórios, sejam eles documentais ou testemunhais, o Tribunal desse como provados os factos pela própria parte alegados e por ela, tão só, admitidos.»[62]

- «As declarações de parte que não constituam confissão só devem ser valoradas, favoravelmente à parte que as produziu, se obtiverem suficiente confirmação noutros meios de prova produzidos e/ou constantes dos autos.»[63]

- «Mas a livre apreciação é sempre condicionada pela razão, pela experiência e pelas circunstâncias. (…) Neste enquadramento, será normalmente insuficiente à prova de um facto essencial à causa de pedir a declaração favorável que desacompanhada de qualquer outra prova que a sustente ou sequer indicie.»[64]

- «As declarações de parte constituem princípio e prova e serão apreciadas livremente pelo tribunal, salvo se as mesmas constituírem confissão, devendo ser valoradas com especial cuidado.»[65]

- «Em relação a factos que são favoráveis à procedência da ação, o juiz não pode ficar convencido apenas com um depoimento desse mesmo depoente, interessado na procedência da ação, se não houve um mínimo de corroboração de outras provas.»[66]

TEIXEIRA DE SOUSA critica esta posição que atribui às declarações de parte o mero valor de princípio de prova. Nas suas palavras,

[62] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26.6.2014, *António José Ramos*, 216/11, posição reiterada no Acórdão da mesma Relação de 30.6.2014, *António Ramos*, 46/13, www.colectaneadejurisprudencia.com.

[63] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17.12.2014, *Pinto dos Santos*, 8181/11.

[64] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23.3.2015, *Eusébio Almeida*, 1002/10. No mesmo sentido e com a mesma verbalização, cf. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20.6.2016, *Manuel Fernandes*, 2050/14 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.10.2016, *Ondina Alves*, 640/13.

[65] Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 6.10.2016, *Tomé Ramião*, 1457/15.

[66] Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7.6.2016, *Pedro Brighton*, 427/13.

«Se o princípio de prova é o menor grau de prova admissível e se se atribui esse valor às declarações de parte, então o que não teria nenhum valor probatório em si mesmo (nem sequer como mera justificação) passa a poder ter algum valor probatório, ainda que o menor na escala dos valores probatórios. Mais em concreto: se se atribui às declarações de parte relevância como princípio de prova, isso significa que estas declarações, apesar de não serem suficientes para formar a convicção do juiz nem sobre a verdade, nem sobre a plausibilidade ou verosimilhança do facto, ainda assim podem ser utilizadas para corroborar outros resultados probatórios. A conclusão não deixa de ser a mesma, se se pretender defender (…) que as declarações de parte só podem relevar como princípio de prova.

À medida que se baixa nos graus de prova, mais fácil se torna atribuir relevância probatória a um certo meio de prova. Lembre-se o que sucede em sede de procedimentos cautelares. É exatamente com o intuito de facilitar a prova de um facto que o art. 368.º, n.º 1, CPC aceita, no âmbito destes procedimentos, a mera justificação como o grau de prova suficiente.

Assim, em vez de atribuir às declarações de parte o valor de princípio de prova, melhor solução parece ser o de atribuir a estas declarações o grau normal dos meios de prova, que é o de prova *stricto sensu* ou, nas providências cautelares, o de mera justificação. Isto significa que, de acordo com o critério da livre apreciação da prova, o tribunal tem de formar uma prudente convicção sobre a verdade ou a plausibilidade do facto probando (cf. art. 607.º, n.º 5 1.ª parte, CPC).

Abaixo desta relevância probatória e da convicção sobre a verdade ou a plausibilidade do facto, as declarações de parte não devem ter nenhuma relevância probatória, nem mesmo para corroborarem outros meios de prova. Esta é, aliás, a melhor forma de combater a natural tendência das partes para só deporem sobre factos que lhes são favoráveis.»[67]

[67] Texto de 20.1.2017, acessível em https://blogippc.blogspot.pt/2017/01/jurisprudencia-536.html#links.

Para a terceira tese, pese embora as especificidades das declarações de parte, as mesmas podem estribar a convicção do juiz de forma autossuficiente, assumindo um valor probatório autónomo.

Assim, CATARINA GOMES PEDRA, *A Prova por Declarações das Partes no Novo Código de Processo Civil. Em Busca da Verdade Material no Processo*, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2014, p. 145, afirma que:

«Não se duvida que, atento o manifesto interesse que a parte tem no desfecho da lide e a forte tradição da máxima *nemo debet esse testis in propria causa*, a valoração das suas declarações deva revestir-se de especiais cautelas, num juízo dirigido, em concreto, à sua credibilidade. Ademais, a subsistência do regime consagrado no artigo 361º do Código Civil e a não previsão da valoração da *pro se declaratio* obtida na prova por declarações de parte são suscetíveis de gerar a convicção de que se trata, afinal, de um meio de prova complementar. Porém, não pode esquecer-se que a limitação do valor probatório das declarações das partes, como, de resto, a sua compreensão no contexto de um meio de prova subsidiário, pode consubstanciar, em determinadas situações, uma violação do princípio da igualdade de armas previsto no artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Digno de referência é ainda o que se propõe sobre a questão nos *Princípios de Processo Civil Transnacional* desenvolvidos pelo ALI e o UNIDROIT. O Ponto 16.6 dos referidos Princípios estabelece que "[T] *the court should make free evaluation of the evidence and attach no unjustified significance to evidence according to its type or source*", o que significa que não deve ser atribuído um valor legal especial, *negativo ou positivo*, às provas relevantes, como são, por exemplo, as declarações daqueles com interesse na decisão da causa, mormente as partes.»

Com maior abertura ao protagonismo das declarações de partes, MARIANA FIDALGO, *A Prova por Declarações de Parte*, FDUL, 2015, p. 80,afirma claramente que:

«(...) ponto, para nós, assente é que este meio de prova não deve ser previamente desprezado nem objeto de um estigma precoce, sob pena de perversão do intuito da lei e do princípio da livre apreciação da prova. Não

olvidando o carácter aparentemente subsidiário das declarações de parte, certo é que foram legalmente consagradas como um meio de prova a ser livremente valorado, e não como passíveis de estabelecer um mero princípio de prova ou indício probatório, a necessitar forçosamente de ser complementado por outros. Assim sendo, e ainda que tal possa naturalmente suceder com pouca frequência na prática, defendemos que será admissível a concorrência única e exclusiva deste meio de prova para a formação da convicção do juiz em determinado caso concreto, sem recurso a outros meios de prova.»

Por nós, entendemos que a posição mais correta radica na tese mais ampla e permissiva sobre a potencialidade e centralidade das declarações de parte na formação da convicção do juiz (iii).

Consoante já afirmámos no nosso *Prova Testemunhal*, repudiamos o pré-juízo de desconfiança e de desvalorização das declarações de parte[68], sendo infundada e incorreta a postura que degrada – prematuramente - o valor probatório das declarações de parte.

Em primeiro lugar, a prova testemunhal, a prova pericial e a prova por inspeção estão também sujeitas à livre apreciação do tribunal (Arts. 389, 391 e 396 do Código Civil), sem que se questione que o juiz possa considerar um facto provado só com base numa dessas provas singulares, no limite, só com base num depoimento.

Em segundo lugar, desde há muito que se enfatiza que o interesse da testemunha na causa não é fundamento de inabilidade, devendo apenas ser ponderado como um dos fatores a ter em conta na valoração do testemunho. Assim, «Nada impede assim que o juiz forme a sua convicção com base no depoimento de uma testemunha interessada (até inclusivamente com base nesse depoimento) desde que, ponderando o mesmo com a sua experiência e bom senso, conclua pela credibilidade da testemunha.»[69] Ou seja, o interesse da parte (que presta declarações) na sorte do litígio não é uma realidade

[68] ELIZABETH FERNANDEZ, "Nemo Debet Essse Testis in Propria Causa? Sobre a (in)Coerência do Sistema Processual a Este Propósito", in *Julgar Especial, Prova Difícil*, 2014, p. 23, pergunta pertinentemente se «a aferição da credibilidade da prova é tarefa que possa ser detetada previamente, em geral e abstrato?».

[69] Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15.3.2012, *Deolinda Varão*, 6584/09.

substancialmente distinta da testemunha interessada: a novidade é relativa e não absoluta, a diferença é de grau apenas.

ELIZABETH FERNANDEZ enfatiza pertinentemente que «se as partes podem passar a declarar a seu pedido o que viram, ouviram, sentiram, cheiraram, tocaram, conversaram, disseram, em suma, o que testemunharam, e porque o testemunharam não faz qualquer sentido conferir a estas declarações proferidas por pessoas que materialmente são testemunhas só porque são partes, um valor diverso do daqueles factos que foram testemunhados por quem é material e formalmente testemunha.»[70] Com efeito, amiúde se não na maioria dos casos, quem tem melhor razão de ciência do que a própria parte?

Em terceiro lugar, o texto do Artigo 466º não degradou o valor probatório das declarações de parte, nem pretendeu vincar o seu caráter subsidiário e/ou meramente integrativo e complementar de outros meios de prova. Se esse fosse o desiderato do legislador, o mesmo teria adotado uma formulação diversa à semelhança, por exemplo, do que se prevê no § 445 do Código de Processo Civil Alemão.[71]

Em quarto lugar, conforme enfatiza CATARINA GOMES PEDRA, «O problema da valoração das declarações de parte não prescinde de uma alusão ao enquadramento valorativo que às declarações do assistente e das partes civis é dado no processo penal. A lei processual penal dispõe que estas declarações são apreciadas livremente pelo tribunal (cf. artigo 127º do Código de Processo Penal), não prevendo exceções, nem estabelecendo um especial valor probatório, designadamente em função do sentido das declarações. Tem entendido a doutrina e a jurisprudência que, devendo a respetiva valoração respeitar *apenas* o princípio da livre apreciação da prova, inexiste obstáculo legal a que aquelas declarações possam fundar a convicção do tribunal, conquanto este possa, no confronto dos demais meios de prova, concluir pela

[70] *Op. cit.*, p. 36.

[71] Na tradução de EMÍLIO EIRANOVA ENCINAS e MIGUEL LOURIDO MIGUEZ, *Código Procesal Civil Alemán*, Marcial Pons, 2001, dispõe tal norma que: «*I Una parte que no há llevado a cabo por completo la prueba que le compete com otros medios probatorios o no ha alegado otros medios de prueba puede aducir la prueba solicitando que se interrogue al contrario sobre los hechos que deben ser probados. II La solicitud no se tendrá en cuenta si se refiere a hechos de los que el tribunal considera demostrado lo contrario.*»

sua credibilidade.»[72] Este argumento é particularmente relevante porquanto, consoante sabemos, o *standard* da prova no processo penal é mais exigente do que o *standard* da prova vigente no processo civil.[73]

Em quinto lugar, o julgador tem que valorar, em primeiro lugar, a declaração de parte e, só depois, a pessoa da parte porquanto o contrário (valorar primeiro a pessoa e depois a declaração) implica prejulgar as declarações e incorrer no viés confirmatório.[74] Dito de outra forma, tal equivaleria a raciocinar assim: *não acredito na parte porque é parte*, procurando nas declarações da mesma detalhes que corroborem a falta de objetividade da parte sempre no intuito de confirmar tal ponto de partida. A credibilidade das declarações tem de ser aferida em concreto e não em observância de máximas abstratas pré-constituídas, sob pena de esvaziarmos a utilidade e potencialidade deste novo meio de prova e de nos atermos, novamente, a raciocínios típicos da prova legal de que foi exemplo o brocardo *testis unis, testis nullus* (uma só testemunha, nenhuma testemunha).

Antes do julgamento, a parte relatou por múltiplas vezes a sua versão dos factos ao respetivo mandatário tendo em vista a articulação dos factos pelo mandatário no processo. Em conformidade, é expectável que as declarações da parte primem pela coerência, tanto mais que a parte pode mesmo ter-se preparado para prestar declarações. Assim, o funcionamento da coerência como parâmetro de credibilização das declarações de parte deve ser secundarizado.

Também é expectável que a parte, durante as suas declarações, incorra na afirmação de detalhes oportunistas em seu favor.[75] A parte, à semelhança da

[72] *Op. Cit.*, p. 146.

[73] Sobre esta matéria, cf., desenvolvidamente, o nosso *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2017, 3ª edição, pp. 165-180.

[74] O viés confirmatório é um erro da raciocínio indutivo nos termos do qual o sujeito tende a procurar informação que confirme a sua hipótese/interpretação inicial, descurando a indagação de informação que seja revel a tal hipótese.

[75] Na explicação de NIEVA FENOLL, *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons, 2010, p. 229, "Trata-se de manifestações sobre o caráter ou a intencionalidade de uma das partes, ou então justificações das próprias atuações – ou da pessoa que se pretende beneficiar – que vão além do que foi perguntado ao declarante. O declarante manifesta-as, não tanto para infundir credibilidade na sua declaração, mas sim para que os factos que relata se interpretem a favor de quem deseja beneficiar."

testemunha, tem uma estratégia de autoapresentação, pretendendo dar a melhor imagem de si própria, pelo que não deixará passar o ensejo de enxertar no relato detalhes que favoreçam a posição que sustenta, com maior ou menor convicção e verdade, no processo. Daí que este parâmetro deva ser também relativizado na avaliação das declarações da parte.

Em sentido oposto, assumem especial acutilância outros parâmetros, a começar pela contextualização espontânea do relato, em termos temporais, espaciais e até emocionais. Note-se que o atual Código de Processo Civil preconiza que os articulados sejam minimalistas, centrando-se nos factos essenciais. Desta circunstância deriva que os factos instrumentais, cerne da contextualização do relato, não foram necessariamente trabalhados entre a parte e o mandatário para efeitos processuais. Um relato autêntico/espontâneo que faça uma contextualização pormenorizada e plausível colhe credibilidade acrescida por contraposição a um relato seco, estereotipado/cristalizado ou com recurso a generalizações.

Um segundo parâmetro particularmente relevante é o da existência de corroborações periféricas que confirmem o teor das declarações da parte. As corroborações periféricas consistem no facto das declarações da parte serem confirmadas por outros dados que, indiretamente, demonstram a veracidade da declaração.[76] Esses dados podem provir de outros depoimentos realizados sobre a mesma factualidade e que sejam confluentes com a declaração em causa. Podem também emergir de factos que ocorreram ao mesmo tempo (ou mesmo com antecedência) que o facto principal, nomeadamente de circunstâncias que acompanham ou são inerentes à ocorrência do facto principal. Abarcam-se aqui sobretudo os factos-bases ou indícios de presunções judiciais.

As declarações da parte podem constituir, elas próprias, uma fonte privilegiada de factos-base de presunções judiciais, lançando luz e permitindo

[76] NIEVA FENOLL, *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 226.

concatenar - congruentemente - outros dados probatórios avulsos alcançados em sede de julgamento.[77]

Existem outros parâmetros, normalmente aplicáveis à prova testemunhal, que podem desempenhar um papel essencial na valoração das declarações da parte. Reportamo-nos designadamente à produção inestruturada, à quantidade de detalhes, à descrição de cadeias de interações, à reprodução de conversações, às correções espontâneas[78], à segurança/assertividade e fundamentação[79], à vividez e espontaneidade das declarações[80], à reação da parte perante perguntas inesperadas, à autenticidade do testemunho. São também aqui pertinentes os sistemas de deteção da mentira pela linguagem não verbal e a avaliação dos indicadores paraverbais da mentira.[81]

Inexiste qualquer hierarquia apriorística entre as declarações da partes e a prova testemunhal, devendo cada uma delas ser individualmente analisada e valorada segundo os parâmetros explicitados. Em caso de colisão, o julgador deve recorrer a tais critérios sopesando a valia relativa de cada meio de prova, determinando no seu prudente critério qual o que deverá prevalecer e por que razões deve ocorrer tal primazia.

Num sistema processual civil cuja bússola é a procura da verdade material dos enunciados fáticos trazidos a juízo, a aferição de uma prova sujeita a livre apreciação não pode estar condicionada a máximas abstratas pré-assumidas quanto à sua (pouca ou muita) credibilidade mesmo que se trate das declarações de parte. Se alguma pré-assunção há a fazer é a de que as declarações de parte estão, *ab initio,* no mesmo nível que os demais meios de prova livremente valoráveis. A aferição da credibilidade final de cada meio de prova é única, irrepetível, e deve ser construída pelo juiz segundo as particularidades de cada caso segundo critérios de racionalidade.

[77] Sobre os factos-base de presunções judiciais e sua dinamização por nexos lógicos ou máximas de experiência, cfr. o nosso *Prova Por Presunção no Direito Civil*, Almedina, 2017, pp. 33 a 68.

[78] Cf., mais desenvolvidamente, o nosso *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013, pp. 300-302.

[79] Cf., mais desenvolvidamente, o nosso *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013, pp. 308-309.

[80] Cf., mais desenvolvidamente, o nosso *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013, pp. 136-138.

[81] Cf., mais desenvolvidamente, o nosso *Prova Testemunhal*, pp. 89-115.

Sintetizando, diremos que: (i) a degradação antecipada do valor probatório das declarações de parte não tem fundamento legal bastante, evidenciando um retrocesso para raciocínios típicos e obsoletos de prova legal; (ii) os critérios de valoração das declarações de parte coincidem essencialmente com os parâmetros de valoração da prova testemunhal, havendo apenas que hierarquizá-los diversamente.

Em última instância, nada obsta a que as declarações de parte constituam o único arrimo para dar certo facto como provado desde que as mesmas logrem alcançar o *standard* de prova exigível para o concreto litígio em apreciação.[82]

11. As declarações de parte como testemunho de parte

O legislador de 2013, numa postura conservadora, optou por manter o arquétipo formal da utilização do saber das partes no processo primacialmente através do depoimento de parte e dos pedidos de esclarecimentos e informações (Artigos 452-465 e 7.2. do Código de Processo Civil).[83] Ao fazê-lo e ao persistir na proibição da parte ser ouvida como testemunha (Artigo 496), o legislador continua a acolher – implicitamente – o ensinamento que remonta aos romanos no sentido de que deve relevar-se, em primeira linha, a *contra se declaratio*, devendo recear-se (e mesmo temer-se) a *pro se declaratio*.

Contudo, o legislador - ciente de que a inadmissibilidade das declarações de parte pode conduzir a soluções iníquas (cf. supra ponto 1.), de que a evolução do processo civil evidencia um intuito sedimentado de remover obstáculos formais ao apuramento da verdade, bem como que uma decisão só é justa se se basear numa reconstrução fidedigna dos factos históricos – veio instituir (com tibieza) o novo meio de prova consistente nas declarações de parte.

Conforme refere CATARINA PEDRA, ao atuar desta forma e ao criar o meio de prova declarações de parte nos moldes concretos em que o fez, o legislador criou um meio de prova em que coexistem duas culturas, sendo uma agarrada

[82] Sobre o *standard* de prova vigente no processo civil, cf. o nosso *Prova por Presunção no Direito Civil*, 2017, 3ª edição, pp. 165-180.

[83] Cf. CATARINA PEDRA, *Op. Cit.*, p. 118.

ao valor de prova plena da *contra se declaratio* e outra que apela à livre apreciação das declarações de parte favoráveis, de modo que a relevância e transcendência das declarações de parte varia em função precípua do seu objeto.[84]

Todavia, conforme assinala de forma acutilante firma ELIZABETH FERNANDEZ, «as partes que presenciaram diretamente factos ou neles intervieram são tecnicamente testemunhas dos mesmos. O legislador, porém, teve ainda medo das palavras e recusou (...)a designação da parte como testemunha (...). Mais uma vez, a parte que, nestas situações, é materialmente uma testemunha, formalmente, apenas tem a dimensão de parte, tudo para continuar a manter a ilusão de que o nosso sistema processual só pode repudiar o testemunho de parte.»[85] Com efeito, as diferenças entre o depoimento testemunhal e as declarações de parte radicam no objeto da declaração e na posição do declarante. São maiores os fatores de aproximação e confluência entre a testemunha e a parte (a saber: conhecimento direto dos factos; prestação de uma declaração de ciência; declaração infungível; declaração prestada sob juramento; declaração oral e formal) do que os fatores que apartam a testemunha da parte. O interesse da testemunha na sorte do pleito é de ocorrência comum, estando há muito a jurisprudência atenta a tal circunstância aquando da valoração do testemunho, com menção reiterada de que o interesse na sorte do litígio não inquina, necessariamente, a credibilidade do depoimento mas deve ser ponderado no valor final a atribuir-lhe.[86]Em suma, a testemunha e a parte integram o *testemunho em sentido lato* enquanto prova pessoal e histórica dos factos em discussão.[87]

Cremos que, em vez da criação acanhada das declarações de parte, teria sido mais profícuo e coerente instituir a figura unificada do testemunho de parte, extinguindo-se o depoimento de parte, o que em nada buliria com a relevância e operacionalidade próprias da confissão. A duplicação das vestes em que a parte pode ser chamada a depor (como depoente e, subsequentemente,

[84] *Op. Cit.*, pp. 148-149.

[85] *Um Novo Código de Processo Civil? Em busca das Diferenças*, Porto, Vida Económica, 2014.

[86] Cf., desenvolvidamente, o nosso *Prova Testemunhal*, 2013, pp. 289-297.

[87] Cf. CATARINA PEDRA, *Op. Cit.*, p. 36.

como declarante) com uma prestação sincopada a dois tempos, no início e no fim do julgamento, constitui demonstração acabada da incongruência da coexistência das duas figuras. Constitui ensinamento elementar da psicologia do testemunho que as declarações deverão ser contínuas, unificadas, sem interrupções do interrogador, tanto quanto possível espontâneas, sob pena de se dificultar a deteção dos indícios da (in) veracidade dos depoimentos/declarações. Conforme refere ainda ESTRELA CHABY, a previsão de um único interrogatório de parte, no qual a parte preste simultaneamente declarações relativas a factos favoráveis e factos desfavoráveis, tem a virtualidade de não condicionar tanto a parte, colocando-a numa posição menos preparada/ensaiada e mais livre para contribuir para uma fixação dos factos preocupada com a obtenção da verdade material.[88]

De todo o modo, com a brecha definitiva que agora se abre no dogma do *nemo debet esse testis in propria causa*, acrescida da previsível sedimentação de uma cultura judiciária que compreenda que ***a parte é a primeira das testemunhas***, é de antever que sejam removidas as anacrónicas reservas à admissibilidade do testemunho de parte como meio epistemologicamente válido da formação da convicção do julgador de modo a que, na próxima reforma profunda do Código de Processo Civil, seja, finalmente, instituída a figura unificada do testemunho da parte.

*

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, ISABEL

- "A Fase de Instrução e os Novos Meios de Prova no Código de Processo Civil de 2013", in *O Novo Processo Civil, Contributo da Doutrina para a Compreensão do Novo Código de Processo Civil*, CEJ, Dezembro de 2013

BELEZA, MARIA DOS PRAZERES

"A Prova por Declarações de Parte: uma Desnecessária duplicação das alegações das partes ou uma prova inútil?", II Congresso de Processo Civil, 9 de Outubro de 2014

[88] *O Depoimento de Parte em Processo Civil*, Coimbra Editora, 2014, pp. 201-202.

CHABY, ESTRELA
- *O Depoimento de Parte em Processo Civil*, Coimbra Editora, 2014

FARIA, PAULO RAMOS DE E ANA LUÍSA LOUREIRO
- *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, Almedina, 2013, I Vol.

FERRER BELTRÁN, JORDI
- *La Valoración Racional de la Prueba*, Marcial Pons, 2007

FERNANDEZ, ELIZABETH
-*Um Novo Código de Processo Civil?: Em Busca das Diferenças*, Porto, 2013, Vida Económica
- "Nemo Debet Essse Testis in Propria Causa? Sobre a (in)Coerência do Sistema Processual a Este Propósito", in *Julgar Especial, Prova Difícil*, 2014, pp. 21-37

FIDALGO, MARIANA
-*A Prova por Declarações de Parte*, FDUL, 2015

FREITAS, LEBRE DE
- *A Ação Declarativa Comum, À Luz do Processo Civil de 2013*, Coimbra Editora, 2013

MARQUES, REMÉDIO
- "A Aquisição e a Valoração Probatória de Factos (Des) Favoráveis ao Depoente ou à Parte", in *Julgar*, jan-abr. 2012, Nº16

MARTINS, CAROLINA HENRIQUES
-*Declarações de Parte*, Universidade de Coimbra, 2015

NIEVA FENOLLI
- *La Valoración de la Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010

PEDRA, CATARINA GOMES
-*A Prova por Declaração das Partes no Novo Código de Processo Civil. Em Busca da Verdade Material no Processo*, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2014

PIMENTA, PAULO
-*Processo Civil Declarativo*, Almedina, 2014

PINTO, RUI
-*Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2014

RODRIGUES, MARIA GABRIELA DA CUNHA
- "Poderes de Iniciativa do Juiz em Processo Civil e ónus da prova", in *Revista do CEJ*, 1º Semestre de 2016, Nº1

SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE
- *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013
-*Prova por Presunção no Direito Civil*, Almedina, 2017, 3ª edição

SOUSA, TEIXEIRA DE
- «Declarações de Parte e "Factos-surpresa"», texto de 12.5.2014, https://blogippc.blogspot.pt/2014/05/declaracoes-de-parte-e-factos-surpresa.html#links
- "Prova por declarações de parte; relações jurídicas indisponíveis", texto de 23.4.2014, https://blogippc.blogspot.pt/2014/04/prova-por-declaracoes-da-parte-relacoes.html.

TARUFFO, MICHELE
- *La Prueba*, Marcial Pons, 2008
- *La Prova nel Processo Civile*, Giuffrè Editores, 2012

Luís Filipe Pires de Sousa
Juiz Desembargador

Data Venia
Ano 5 ● N.º 07 [pp. 49-54]

Cláusula de garantia ou "Himalaya Clause"

Bárbara Candeias
Advogada Estagiária

RESUMO

No âmbito do artigo "Cláusula de garantia ou "Himalaya Clause", pretendo deixar clara a importância que envolve a correcta atribuição do estatuto processual de cada sujeito.

Isto posto, considero que nos dias que correm, em que as balizas temporais parecem cada vez mais fugazes, é necessária alguma clarividência e ajuda no que diz respeito a dar a conhecer os mecanismos automáticos de reacção, quando os mesmos hajam de ser empregues.

Ora, terá de ser reconhecido que este campo do direito – o civilístico é, por vezes, reconduzido aos " mais vulgares" mecanismos de causa-reacão e é por este motivo que optei por abordar este tema.

Com este artigo, de leve leitura e simples apreciação, pretendo de forma clara e evidente demonstrar um caminho de inferência lógica no que diz respeito a mecanismos de utilização da cláusula Himalaya.

Cláusula de garantia ou "Himalaya Clause" (*)

Bárbara Candeias
Advogada Estagiária

Sumário: A "Himalaya Clause" é uma cláusula típica de contratos de navegação que vem imputar a responsabilidade, ou, a contrario sensu, a mesma visa impossibilitar a exoneração da responsabilidade por parte das empresas de transporte marítimo nos momentos em que estas subcontratam ma segunda empresa para transportar determinado objecto ao destino pretendido.

Nos dias que correm, o transporte marítimo é mais frequentemente utilizado do que poderemos pensar.

Na realidade, vivemos a era da globalização, do capitalismo, compramos e vendemos bens on-line: livros, máquinas, carros…

É este o momento para pararmos.

Torna-se efectivamente necessário para cada um de nós compreender que o direito não é uma ciência estática e é francamente mutável, tal como os acontecimentos que nos rodeiam, existe de facto uma previsão para cada estatuição, não obstante, devemos estar em alerta para acompanhar a pulsação legal dos factos que nos rodeiam.

É neste sentido que se pretende averiguar a plausibilidade e afectação que esta – tão pouco- conhecida cláusula nos transmite.

(*) A cláusula em causa ficou assim conhecida a proposto de um caso decidido no Tribunais ingleses em 1954 (Alder vs. Dickson, na "Queen's Bench Division" do "English Court of Appeal", 1955-1, 158, relativamente a um incidente ocorrido a bordo do navio S.S. Himalaya.

Ora, esta é uma cláusula de típica de contratos de navegação, vem beneficiar terceiros não considerados parte no contrato em que a mesma está inclusa.

Na realidade, estamos perante uma cláusula que vem imputar a responsabilidade, ou, *a contrario sensu*, a mesma visa impossibilitar a exoneração da responsabilidade por parte das empresas de transporte marítimo nos momentos em que estas subcontratam uma segunda empresa para transportar determinado objecto ao destino pretendido.

A título de exemplo, o sujeito A. pretende transportar do Porto para a Madeira um móvel antigo de valor substancial; para tal, contrata com a empresa B. o supra referido transporte. Por sua vez, a empresa B. subcontrata a empresa C. para que esta, por sua vez, se encarregue do transporte daquela mercadoria no navio. Contudo, o móvel chega ao destino com vidros partidos e danificado de tal forma que necessita de significativas reparações.

Ora a regra, nestes casos, e pela experiência que a jurisprudência nos pode demonstrar – como demonstra - é a da tentativa de exoneração da culpa da empresa que subcontrata.

Não obstante, teremos que atender a especificidades importantes, primeiramente no que irá tocar a cláusulas gerais contratuais, o que num momento diferente poderá ser discutido; e em segundo lugar, qual seria o sentido desta exoneração, se a empresa que subcontrata poderia deduzir um incidente de intervenção provocada?

Em minha opinião, em questão está a tentativa de "atirar areia para os olhos" mais desatentos! Na realidade, será ilógico pensar que a A. teria de notificar para o pagamento a empresa subcontratada pela B., com que A. não teve qualquer contacto.

O contrato de transporte de mercadorias por mar é "*aquele em que uma das partes se obriga em relação à outra a transportar determinada mercadoria, de um porto para porto diverso, mediante uma retribuição pecuniária, denominada frete* " *(Decreto-Lei nº 352/86, 21 de Outubro).*

No entendimento da lei, impõe-se ao transportador que responda objectivamente pelos actos do auxiliar, como se tais actos fossem praticados pelo próprio.

A limitação da responsabilidade do transporte só existe, tal como decorre do disposto no artigo 4º nº 5, da Convenção, aplicável nos termos do artigo 1º nº 1,1 do Decreto-Lei nº 37748, de 01 de Fevereiro de 1950, e do artigo 24º do Decreto-Lei nº352/86, de 21 de Outubro, *nos casos em que a carga não é declarada.*

Tal como se enxerta do disposto no artigo 11º do Decreto-Lei nº 352/86, de 21 de Outubro, "*o conhecimento de carga constitui título representativo da mercadoria nele descrita e pode ser nominativo, à ordem ou ao portador*", e "*a transmissão do conhecimento de carga está sujeita ao regime geral dos títulos de crédito*", o que equivale a dizer que tal título goza das mesmas características do titulo de crédito quanto á sua literalidade e autonomia, impondo-se ao transportador. Assim, podemos afirmar que todos os produtos carregados no navio têm a correcta indicação da carga, quer em termos de espécie, quer em termos de peso.

Ainda, por força do art. 7º do Decreto-lei nº352/86, de 21 de Outubro, *"a intervenção do operador portuário ou de outro agente em qualquer operação relativa à mercadoria não afasta a responsabilidade do transportador, ficando, porém, este com o direito de agir contra os referidos operador ou agente".*

O que vem significar, *"por um lado, que os operadores portuários são terceiros em relação aos interessados na carga e por outro, que o operador da carga (operador portuário ou autoridade portuária) é um auxiliar do transportador, mesmo que por ele não escolhido (caso da autoridade portuária): é uma pessoa (em sentido jurídico) utilizada pelo transportador para a exeução do transporte marítimo" (cfr. o Acórdão de 23-09-1997 do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 143/08.2TNLSB, L1).*

Um outro raciocínio jurídico seria impensável pelo reforço do sentimento de impunidade já acima referido; se assim não fosse, não haveria limite para a exoneração de encargos das transportadoras.

Isto posto, a cláusula de garantia, ou ***"Himalaya Clause"***, impede que a empresa subcontratada pela empresa B. seja demandada directamente pelo lesado, pelo que será esta última a responder, na qualidade de transportadora,

pelos danos causados no transporte. Daqui decorre que os operadores portuários e a autoridade portuária irão responder perante o transportador, sendo este último o único responsável, no plano contratual, pelas operações de carga e descarga e pelas perdas e danos provocados às mercadorias durante o período em que se estas se encontrem à sua guarda.

Este período deverá ser cronologicamente definido pela obrigação contratada pelas partes e pela realização efectiva da prestação da prestação a que o transportador estava vinculado, devendo as partes proceder de boa-fé.

Quando o devedor falta ao cumprimento da obrigação, torna-se este responsável pelo prejuízo causado ao credor, tal como expressa a letra do artigo 798º do Código Civil.

Diz-nos ainda o artigo 800º Código Civil, no seu nº 1, que "*o devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem praticados pelo próprio devedor*".

Não será de estranhar este raciocínio lógico, na realidade devemos movimentar-nos processualmente numa esfera de equidade e segurança, apenas possível quando o estatuto processual é *a priori* bem delimitado.

Bárbara Candeias
Advogada Estagiária

A responsabilidade penal da pessoa coletiva por atos de corrupção:

uma breve comparação entre o direito brasileiro e o direito português

Luciana Pacífico Sponquiado
Advogada

RESUMO

O presente trabalho - através de uma apreciação histórica e comparativa - traz algumas considerações sobre o enfrentamento legislativo do fenômeno da corrupção empresarial - tanto no Brasil como em Portugal – mediante uma análise de algumas diferenças quanto às opções legislativas de política criminal de ambos os países, tendo como foco a penalização da pessoa coletiva, como forma de intensificar o combate a essa gravíssima criminalidade. Com esse objetivo, discorre sobre a corrupção e a punição penal da pessoa coletiva, a partir da evolução da legislação nos dois países. Ao fim, após um breve introito sobre o papel da pessoa coletiva, frente aos novos anseios sociais da sociedade globalizada, lança alguns pontos para reflexão acerca do tema, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria.

A responsabilidade penal da pessoa coletiva por atos de corrupção:

uma breve comparação entre o direito brasileiro e o direito português

Luciana Pacífico Sponquiado
Advogada

Sumário: I - Nota Introdutória. 1. A corrupção e a punição penal da pessoa coletiva. 1.1. A evolução da legislação sobre a punição da pessoa coletiva por atos de corrupção em Portugal. 1.2. A evolução da legislação sobre a punição da pessoa coletiva por atos de corrupção no Brasil. 2. A responsabilização penal da pessoa coletiva. 2.1. Introito sobre a Pessoa Coletiva. 2.2. O Direito Penal nos novos anseios sociais. II – Observações finais. III- Referências Bibliográficas.

I - Nota Introdutória

O fenômeno da corrupção não se apresenta exclusividade do mundo contemporâneo. Na Grécia antiga, tendo como Atenas a única *pólis* democrática, para a qual o bom cidadão – p*olites* – representava aquele que pensava nos outros e na comunidade, através dos valores como a temperança, a bondade, a liberdade, a verdade, a justa indignação, a amizade, o amor, a piedade, a disciplina, a honra e a honestidade, considerando-se, a violação deles, um desequilíbrio a justificar a punição pela vergonha e exclusão social[1].

O termo grego para corrupção era *dorodokia, que* significava, literalmente, "ganho/aceitação de presentes", cuja prática era aceita como forma de agrado aos reis, demonstrando amizade e hospitalidade, mas que

[1]VIEIRA, Ana Lívia Bonfim – **Algumas Considerações sobre Política e Corrupção na Grécia Antiga**. p. 1-3.

no período clássico assumiu outro siginificado, haja vista que atos de promoção e de privilégio atentariam contra o ideal de democracia ateniense[2].

Hodiernamente, a "corrupção caracteriza-se, nitidamente, pela negociata, pelo pacto escuso, pelo acordo ilícito, pela depravação moral de uma pessoa, gerando, muitas vezes, imensos estragos ao Estado. Mas a corrupção não se limita às fronteiras da Administração Pública, pois corre solta no ambiente privado, em particular, no cenário de empresas particulares. As maiores do mundo, que se autointitulam honestas, são surpreendidas, de tempos em tempos, imersas na podridão dos negócios malvistos e ilegais"[3].

No Brasil, a existência[4] da corrupção se encontra arraigada nas suas primeiras horas, pois que ainda no período colonial, a Coroa portuguesa necessitava manter o controle da arrecadação dos valores devidos à metrópole, tendo o rei de Portugal, nomeado o provedor-Mor para cuidar da arrecadação, pessoa da sua confiança, conforme Regimento Régio de 17 de dezembro de 1548, segundo ROCHA POMBO:

> "E porque as minhas rendas e direitos nas ditas terras até **aqui não foram arrecadadas com como cumpria**, por não haver quem provesse nelas... e para que a arrecadação deles se ponha em ordem que a meu serviço cumpre, ordenei mandar ora às ditas terras **pessoa de confiança** que sirva de Provedor-Mor de minha fazenda."[5] [Grifos nossos]

A importância da confiança a ser depositada no funcionário público se dava devido ao fato de já ser conhecido da metrópole a corrupção nas terras descobertas, conforme historiado abaixo:

> "Além disso, a **desconfiança da Coroa portuguesa** era tanta, que os funcionários régios que estivessem envolvidos com a cobrança de tributos

[2]VIEIRA, Ana Lívia Bonfim – **Algumas Considerações sobre Política e Corrupção na Grécia Antiga**. p. 4.

[3]NUCCI, Guilherme de Souza – **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3.

[4]Aqui, não se pretende utilizar a colonização do Brasil como causa para a corrupção, mas tão-somente como facto histórico.

[5]Apud AMED, José Fernando; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos – **A História dos Tributos no Brasil**. São Paulo: Edições SINAFRESP, 2000. p. 49.

deveriam dispor de uma fiança, além de colocarem os seus bens para cobrir quaisquer possíveis prejuízos que causassem."[6] [Grifos nossos]

Havia desvios na arrecadação dos valores e, bem assim, nos próprios procedimentos, como no caso das licitações:

"Já nos processos de licitação se davam quase sempre as fraudes mais escandalosas: ora aos Provedores faziam vingar as suas preferências escolhendo os licitantes que mais lhes convinham; ora alteravam as condições dos contratos de modo a favorecer protegidos."[7]

Esse beneficiamento dos funcionários da mais alta confiança do rei português perpetuou-se durante todo o período colonial, em todos os escalões da administração portuguesa no Brasil, correndo solta a corrução, por muitos motivos, dentre eles a longa distância que separava as terras americanas da Europa, a Coroa portuguesa não conseguia conter tais desvios.[8]

No caso, "um fator complicava a situação da Corte portuguesa quando desejava punir com rigor os funcionários corruptos. Estes, em regra tinham ligações com a nobreza portuguesa. [...] Assim, quando um funcionário real envolvia-se em algum ato de improbidade, era difícil puni-lo. Praticamente, não se encontra documento referindo-se a funcionários públicos punidos com rigor, apesar da legislação ser muito clara nesse sentido[9]."

No que pertine à corrupção em Portugal, MARQUES nos historia:

"Aos olhos tanto de contemporâneos como de vindouros, **a corrupção e a confusão adminsitrativas tiveram papel decisivo em preparar ou até**

[6]Apud AMED, José Fernando; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos – **A História dos Tributos no Brasil**. p. 51.

[7]Apud AMED, José Fernando; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos – **A História dos Tributos no Brasil**. p 53.

[8]AMED, José Fernando; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos – **A História dos Tributos no Brasil.** p. 53.

[9] AMED, José Fernando; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos – **A História dos Tributos no Brasil**. p. 59.

> **determinar o colapso do Império**. A corrupção, aliada às dissensões intestinas, anunciara já o fim do Império Português na Índia desde os tempos de Albuquerque."[10]

Apesar de presente em diversos instantes da história mundial, a corrupção chegou a ser considerada prática aceitável – até incentivadora de negócios em muitas culturas – mas alguns escândalos causaram insatisfação nos idos de 1970[11], passando os países a contabilizar os efeitos negativos de tais práticas, como as perdas das receitas fiscais, comprometimento da qualidade das obras de infraestrutura, aumento significativo dos custos dos produtos, barreiras à inserção em países com líderes corruptos, dentre outros.

E acima de tudo, as práticas ilícitas geravam uma questão concorrencial, visto que nos Estados Unidos, após casos notórios de corrupção, culminou na edição, pelo respectivo Congresso, do *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), em 1977, atribuindo punição a negócios no exterior - mas que não foi aplicado de forma aprofundada pelo fato de que os demais países não possuíam regras proibitivas dessas práticas - prejudicando as empresas americanas por sofrerem receio de reprimenda de forma isolada. Tal fato contribuiu para os Estados Unidos pressionarem a ONU para criação de regras nesse sentido[12].

Demonstrando preocupação com a matéria, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 3514, de Dezembro de 1975, condenou todas as práticas corruptas e, em 1996, aprovou a Declaração da Nações Unidas sobra a Corrupção e o Suborno nas Transações Internacionais (A/RES/51/191), encorajando a criminalização dos subornos a funcionários públicos estrangeiros, mas a menção à responsabilização da pessoas

[10] MARQUES, A. H. de Oliveira – **Breve História de Portugal.** p. 243.

[11]Casos internacionais como o escândalo da americana de aviação Lockheed Martin, no Japão, Watergate, nos Estados Unidos, citado por FONSECA, Anderson Freitas da – O Combate à Corrupção soba a Perspectiva Internacional. In **Textos e Debates**. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015]. Boa Vista, no. 19, 2011. p. 31-45. Disponível em http://revista.ufrr.br/index.php/textosedebates/article/viewFile/1185/960

[12]CARVALHO, Paulo Roberto Galvão – **Legislação Anticorrupção no Mundo: Análise Comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira,** o *Foreign Corrupt Pratices ACT* Norte-Americano e o *Bribery Act* do Reino Unido. p. 37

coletivas adveio da Convenção da OCDE sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, adotada em Paris, em Dezembro de 1997[13], conforme o trecho infra[14]:

> "Artigo 2º.
>
> Responsabilidade das pessoas colectivas
>
> Cada uma das Partes tomará as medidas necessárias, em conformidade com os seus princípios jurídicos, para fixar a **responsabilização das pessoas colectivas** em caso de corrupção de um agente público estrangeiro." [Grifo nosso]
>
> "Artigo 3º.
>
> Sanções
>
> [...]
>
> 2. Se, no sistema jurídico de uma das Partes, a responsabilidade penal não for aplicável às pessoas colectivas, essa Parte providenciará para que as pessoas colectivas sejam passíveis de sanções não penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, nomeadamente pecuniárias, em caso de corrupção de agentes estrangeiros.[...]."

Posteriormente, diante da "[...] necessidade de prosseguir, com caráter prioritário, uma política penal comum que vise a proteção da sociedade contra a corrupção [...] que a corrupção constitui uma ameaça para o Estado de Direito, a democracia e os direitos do homem, mina os princípios de boa administração, de equidade e de justiça social, falseia a concorrência, entrava o desenvolvimento económico e faz perigar à estabilidade das instituições democráticas e os fundamentos morais da sociedade"[15], firmam a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo, em Abril de 1999, cujo texto indica o compromisso de **responsabilizar a**

[13] CUNHA, Ary Ferreira – **Combate à Corrupção: da Teoria à Prática,** Lisboa: QuidJuris, 2015.

[14] **CONVENÇÃO sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais**, adotada em Paris em 17 de Dezembro de 1997, na Conferência Ministerial da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico – Gabinete de Documentação de Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015]. Disponível emhttp://www.gddc.pt/siii/docs/rar32-2000.pdf

[15]**CONVENÇÃO PENAL sobre a Corrupção, do Conselho da Europa**, assinada em Estrasburgo, em 30 de Abril de 1999 – Gabinete de Documentação e Direito Comparado Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015]. Disponível em http://www.gddc.pt/siii/docs/rar68-2001.pdf

pessoa coletiva pelas infrações penais de corrupção, através de sanções de natureza penal.

Em seguida, em 2003, foi firmada a Convenção de Mérida, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, admitindo que a corrupção representa um fenômeno transnacional, tendo como foco a promoção e o fortalecimento das medidas de prevenção e combate ao mesmo, em seu artigo 26.º[16], determinou que cada Estado adotassem as medidas necessárias para responsabilizar as pessoas coletivas que participassem da infrações ali mencionadas, mencionando que a reponsabilidades desses entes poderiam ser nas esferas penal, civil ou administrativa, bem assim que a responsabilização das pessoas coletivas não excluiria a da pessoa singular.

Com efeito, os temores dos países quanto à prejudicialidade das práticas de corrupção não se mostram irrelevantes, ao revés, "insiste WERNER em que elas têm vigorado também nos países avançados, fazendo parte do estilo nacional e do *modus operandi* na maior parte do mundo. É fenômeno universal, não uma varável dependente do desenvolvimento. Manifesta-se nos países desenvolvidos também com nefastas consequências e com tendência à autoperpetuação"[17].

Como podemos nos aperceber, as orientações para que as pessoas coletivas passassem a ser punidas através do Direito Penal adveio de uma necessidade fomentada pelo novel perfil de sociedade, pautado pela intensificação das relações econômicas[18], através dos modernos modelos exsurgidos pela globalização, moldados nas atuais formas de negócios, como "contratos de cooperação intraempresarial transnacional", "contratos de

[16]**CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS contra a Corrupção**, de 31 de Outubro de 2003 (Convenção de Mérida) - Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015] Disponível em https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2007/09/18300/0669706738.PDF

[17]BREI, Zani Andrade – A Corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. In **Revista Brasileira de Administração Pública**. [Em linha] Rio de Janeiro, v. 30, no. 3, 1996. p. 109. [Consult. 06 Dez. 2015]. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8088/6904

[18]Assim como tem o Direito Penal necessitado intervir em questões relacionadas às inovações das ciências genéticas, tecnológicas, ambientais, bem como pelas novas perspectivas sociais, morais e individuais.

transferência de tecnologia", "contratos de empreendimento comum", "contratos de distribuição", como nos elenca VENTURA[19].

A atualidade do tema é evidenciada pelo cenário hodierno, conforme verificamos no Índice de Percepção de Corrupção medido, anualmente, pela entidade Transparência Internacional[20], apontando, por exemplo, que Portugal ocupou a 13.ª posição em 2015, dentre os países da União Europeia. Para se ter uma ideia, no critério de 0 a 100 pontos, os países em alta conta na percepção da Corrupção foram: Dinamarca (91 pontos), Finlândia (90 pontos), Suécia (87 pontos). Já França (70 pontos), Portugal (63 pontos), Espanha (58 pontos) e Itália (44 pontos), demonstrando que a corrupção é uma realidade mais acentuada na vida social, política e financeira desses últimos, dentre eles, Portugal.

Na prática, a problemática assumiu um patamar transindividual, assolando os mais variados setores, transcendendo fronteiras, gerando organizações que formam um verdadeiro exército de corruptores de condutas éticas na sociedade. Como resposta, optou-se pela adoção de uma política criminal interventiva, em que a dogmática vem perseguir tutelar esse novo risco penal, vez que a fórmula de responsabilização penal tradicional tem perdido – há muito – a eficácia para coibir esses novos padrões das condutas ilícitas.

O objetivo do presente trabalho, vale ressaltar, encontra-se distante de tentar esgotar o assunto, em razão da magnitude do tema, também não se dispondo – aqui – a tratar dos aspectos específicos de cada conduta relacionada à corrupção[21], como recebimento e oferecimento de vantagens, favorecimento, desvios de valores, tráfico de influência, dentre outras. Persegue-se, doutra sorte, – neste breve e modesto estudo – a exaltação ao debate sobre algumas escolhas legislativas no que pertine ao combate à

[19]VENTURA, André – **A Nova Justiça Internacional**. 1ª. ed. Lisboa: Chiado Editora, 2015. p. 203-209.

[20]Transparência Internacional [Em linha]. [Consult. 11 Nov. 2016]. Disponível em http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/ue_ipc-2015.pdf

[21] A expressão «corrupção» será usada para caracterizar os atos desonestos, antiéticos praticados nas relações negociais, patrimoniais, comerciais, econômicas, empresariais, dentre outras, quer entre entes públicos ou privados, nacionais ou transnacionais.

corrupção, no intuito de enxergarmos o tema a partir de uma visão panorâmica do quanto se caminhou até agora, para refletirmos até onde podemos chegar.

1. Corrupção e a punição penal da pessoa coletiva.

1.1. A evolução da legislação sobre a punição da pessoa coletiva por atos de corrupção em Portugal.

O Código Penal Português de 1852 já previa os crimes de «peita, suborno e corrupção», conforme dispunha na Secção 7.ª, do Capítulo XIII, relativo aos «crimes dos empregados públicos no exercício de suas funções», consoante abaixo transcrito:

> "ARTIGO 318.º
>
> Todo empregado público, que commetter o crime de peita, suborno, e corrupção, recebendo dadiva, ou presente – por si, ou por pessoa interposta com sua autorização, ou ratificação, para fazer um acto de suas funções; e este acto fôr injusto, e fôr executado, será punido com a penas de prisão maior temporária, e multa correspondente a um anno: se este acto, porém, não fôr executado, será condenado em suspensão de um a três annos, e na mesma multa.[...]"[22]

O Código Penal Português de 1886, também previa os crimes de «peita, suborno e corrução», na Secção VII, do Capítulo XIII, do Título III, relativo aos «crimes contra a ordem e tranquilidade pública».[23]

O Código Penal de 1982, passou a descrever os crimes de corrupção passiva para acto ilícito (artigo 420.º), corrupção passiva em causa criminal

[22] **CÓDIGO PENAL** – Approvado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855. [Em linha]. [Consult. 2 Dez. 2015]. Disponível em http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf

[23] **CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS** – Decreto de 16 de Setembro de 1886, 7ª. Coimbra: Imprensa da Universidade, edição, 1919. [Em linha]. [Consul. 2 Dez. 2015]. Disponível http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf

(artigo 421.º), corrupção passiva para o acto lícito (artigo 422.º) e corrupção activa (artigo 423)[24].

Adentrando na questão da responsabilidade penal, não havia – originalmente- espaço para criminalização da pessoa coletiva, pois dispunha o Código Penal Português, de 1852, que:

> "CAPITULO III.
>
> DOS CRIMINOSOS.
>
> ARTIGO 22.º.
>
> Só podem ser criminosos os indivíduos que têem a necessaria inteligencia e liberdade.[25]

Na mesma linha, o Código Penal Português de 1886, rezava:

> "CAPÍTULO IV
>
> Da responsabilidade criminal
>
> Art. 26.º. Somente podem ser criminosos os indivíduos que têem a necessária inteligência e liberdade."[26]

Ainda no âmbito da responsabilidade penal, o Código Penal Português de 1982, mantinha a exclusividade sobre a pessoa sindular, conforme sua redação original:

> "Artigo 11.º Carácter pessoal da responsabilidade
>
> Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal."[27]

---

[24]**CÓDIGO PENAL de 1982** – Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 9 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=corrup%E7%E3o&pagina=1&ficha=1&nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=1

[25]**CÓDIGO PENAL** – Approvado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855. [Em linha]. [Consult. 2 Dez. 2015]. Disponível em http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf

[26]**CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS** – Decreto de 16 de Setembro de 1886, 7ª. Coimbra: Imprensa da Universidade, edição, 1919. [Em linha]. [Consul. 2 Dez. 2015]. Disponível http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf

[27]**CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS** – Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa – Ministério Público. [Em linha] [Consult. 2 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=

Com a evolução do tema em nível global, a Convenção sobre a Luta contra Corrupção (Paris/1997), a qual previa a responsabilização penal da pessoa coletiva, foi aprovada, para ratificação, em Portugal, em 2 de Dezembro de 1999, pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2000[28].

A Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo, em Abril de 1999, foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República 68/2001[29], cujo teor determina, em seu artigo 18.º, 1, a adoção, pelas partes, de "[...] medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para garantir que as pessoas colectivas possam ser **responsabilizadas pela prática das infracções penais de corrupção** activa, de tráfico de influências e de branqueamento de capitais estabelecidas na presente Convenção[...]" e, bem assim, que tal responsabilização não exclui a responsabilização das pessoas singulares envolvidas (artigo 18.º. 3).

Ainda prevê a referida Convenção Penal que as pessoas coletivas "serão objecto de sanções efectivas, proporcionais e dissuadoras, de natureza penal ou não penal, incluindo sanções pecuniárias"[30].

A Convenção da Assembleia Geral da ONU, de 2003, contra a Corrupção (Convenção de Mérida), foi aprovada em Portugal, apenas em 2007, pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007[31], cujo teor sobre a penalização da pessoa coletiva segue:

> "Artigo 26.º
>
> Responsabilidade das pessoas colectivas

[28]**CONVENÇÃO sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais,** adotada em Paris em 17 de Dezembro de 1997, na Conferência Ministerial da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico – Gabinete de Documentação e Direito Comparado [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015]. Disponível emhttp://www.gddc.pt/siii/docs/rar32-2000.pdf

[29]**RESOLUÇÃO da Assembleia da República no. 68/2001**- Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015]. Disponível emhttp://www.gddc.pt/siii/docs/rar32-2000.pdf

[30]**CONVENÇÃO PENAL sobre a Corrupção, do Conselho da Europa,** assinada em Estrasburgo, em 30 de Abril de 1999 – Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015]. Disponível em http://www.gddc.pt/siii/docs/rar68-2001.pdf

[31]**RESOLUÇÃO da Assembleia da República n.º 47/2007** - Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015] Disponível em https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2007/09/18300/0669706738.PDF

1 - Cada Estado Parte deverá adotar, em conformidade com o seu sistema jurídico, as medidas que se revelem necessárias para responsabilizar as pessoas colectivas que participem nas infracções enunciadas na presente Convenção.

2 - Em conformidade com o ordenamento jurídico do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas colectivas poderá ser penal, civil, ou administrativa.

3 - A responsabilidade das pessoas colectivas não obstará à responsabilidade penal das pessoas singulares que tenham praticado as infracções.

4 – Cada Estado Parte deverá assegurar que as pessoas colectivas consideradas responsáveis em conformidade com o presente artigo sejam objeto de sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas, de natureza penal ou outra, incluindo sanções pecuniárias.[32]"

A redação original do Código Penal Português atual (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março), assim dispunha:

"Artigo 11.º

Caráter pessoal da responsabilidade

Salvo disposição em contrário, só pessoas singulares são susceptívies de responsabilidade criminal."[33]

Parece que a Constituição da República Portuguesa deixa margem para a responsabilização das pessoas coletivas, a qual, em seu artigo 12.º, louva a determinação para que esses entes estejam sujeitos aos deveres compatíveis com sua natureza, conforme transcrevemos abaixo:

[32]**CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS contra a Corrupção,** de 31 de Outubro de 2003 (Convenção de Mérida) - Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015] Disponível em https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2007/09/18300/0669706738.PDF

[33] **CÓDIGO PENAL** – Decreto-Lei no. 48/95, de 15 de Março. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 9 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0011&n_versao=1&so_miolo=

"1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.

2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e **estão sujeitas aos deveres** compatíveis com a sua natureza." [34] [Grifos nossos]

Através da Lei no. 59/2007, de 04 de Setembro [35], o artigo 11.º passou a vigorar com a seguinte redação:

"Artigo 11.º

Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas

1 - Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal.

2 - As **pessoas colectivas e entidades equiparadas**, **com excepção do Estado, de outras pessoas colectivas públicas** e de organizações internacionais de direito público, **são responsáveis** pelos crimes previstos nos artigos 152.º-A e 152.º-B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º, sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e **372.º a 374**.º, quando cometidos:

a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou

b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

3 - Para efeitos da lei penal a expressão pessoas colectivas públicas abrange:

a) Pessoas colectivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais;

[34] **CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005**. 18.ª ed. Lisboa: Quid Juris? 2014. ISBN 978-972-724-690-8. p. 29.

[35] **CÓDIGO PENAL** – Decreto-Lei no. 48/95, de 15 de Março. Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. Ministério Púlibco [Em linha]. [Consult. 9 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0011&n_versao=2&so_miolo=. Grifos nossos.

b) Entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade;

c) Demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público.

4 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade.

5 - Para efeitos de responsabilidade criminal consideram-se entidades equiparadas a pessoas colectivas as sociedades civis e as associações de facto.

6 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

7 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes.

8 - A cisão e a fusão não determinam a extinção da responsabilidade criminal da pessoa colectiva ou entidade equiparada, respondendo pela prática do crime:

a) A pessoa colectiva ou entidade equiparada em que a fusão se tiver efectivado; e

b) As pessoas colectivas ou entidades equiparadas que resultaram da cisão.

9 - Sem prejuízo do direito de regresso, as pessoas que ocupem uma posição de liderança são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das multas e indemnizações em que a pessoa colectiva ou entidade equiparada for condenada, relativamente aos crimes:

a) Praticados no período de exercício do seu cargo, sem a sua oposição expressa;

b) Praticados anteriormente, quando tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou entidade equiparada se tornou insuficiente para o respectivo pagamento; ou

c) Praticados anteriormente, quando a decisão definitiva de as aplicar tiver sido notificada durante o período de exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.

10 - Sendo várias as pessoas responsáveis nos termos do número anterior, é solidária a sua responsabilidade.

11 - Se as multas ou indemnizações forem aplicadas a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por elas o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados.

Verificamos que a alteração no texto do Código Penal, em 2007, foi significativa, pois apesar de manter a regra geral da responsabilidade atinente às pessoas singulares, estipulou um número vasto de delitos passíveis de responsabilização da pessoa coletiva, incluindo, dentre eles, os crimes de corrupção previstos nos artigos 372.º (recebimento indevido de vantagem), 373.º (corrupção passiva) e 374.º (corrupção ativa).

O tema da responsabilidade penal da pessoa coletiva se encontra por demais longínquo de corresponder a uma discussão tranquila, vejamos, por exemplo, a reticência do legislador em incluir as pessoas coletivas de natureza pública ou equiparada, visto que na alteração de 2007, retromencionada, ao eliminar a responsabilidade penal do Estado, deixou claro que estariam excluídas também as «outras pessoas coletivas públicas», conforme o art. 11.º, 2. E, no intuito de ampliar o conceito da pessoa coletiva pública (e afastar a punição penal delas ao máximo), o mesmo artigo, no n.º 3, tratou-se de explicar que a expressão pessoa coletiva pública se estenderia a: pessoas coletivas de direito público, entidades públicas empresariais, concessionárias de serviços públicos e demais entes que exercessem prerrogativas do poder público.

Sobre o tema, a doutrina se rebelou contundentemente, face à evidente exclusão de pessoas coletivas que – na prática hodierna – possui acesso a inúmeras possibilidades de efetuar atos de corrupção. Vejamos o dizer de BANDEIRA[36]:

[36]BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo – **Algumas notas sobre o problema da «corrupção», sobretudo no seio do Direito Penal Económico e Social, quer de um ponto de vista do Direito Penal, quer a partir de uma perspectiva criminológica: o caso da empresa**. III Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais. [Em linha]. [Consult. 19 Dez. 2015]. Disponível em https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/859/1/artigo2_III_CICJE. p. 46, 48-49.

"As «Entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade», ao inverso de muitas outras empresas, não podem efectuar os crimes de corrupção que estão previstos nos artigos 372.º, 373.º, e 374.º do Código Penal. E «não podem», porquê: Porque a própria lei não possibilita, de forma clara e inequívoca. Isso é o que a lei ordena e não se esgrima com técnicas interpretativas que não tenham um alicerce mínimo, ou simetria verbal mínima, na letra da lei: cfr. art. 9º. /2 do Código Civil português. É a letra da lei que está porventura errada e viola a C.R.P. Ou, se não está errada, pode, pelo menos, exortar em equívoco. É evidente que a composição do art. 11º. do Código Penal foi aqui equivocada e entra em choque com o caráter limitativo da exceção ao princípio da responsabilidade modelada nos textos internacionais. [...]

No nosso modesto ponto de vista jurídico-científico, não apenas não tem qualquer sentido existirem as dispensas apontadas em termos de responsabilidade criminal das «pessoas colectivas» e/ou organizações, como se trata de uma provável violação, para não dizer «provocação», do princípio da universalidade, previsto no art. 12.º/2 da Constituição da República Portuguesa: «2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza». Mas também, de modo extensivo, do princípio da igualdade, previsto no art. 13.º da Constituição da República Portuguesa (C. R. P.). Ou até, como é evidente e até proclamado pelos próprios «apóstolos religiosos do sistema económico-financeiro capitalista», da própria «sagrada, livre e sã concorrência entre empresas nos mercados». Já para não falar no exemplo ético que deve, ou deveria ser dado, a todos os outros, pelas chamadas «pessoas colectivas públicas»."

Sobre a exclusão da pessoa coletiva pública da responsabilidade penal, vejamos:

"Se uma das razões para o legislador penal português excluir expressamente a responsabilidade penal das pessoas colectivas de direito público é a circunstância de ser muito problemática a aplicação das penas principais previstas – de multa ou de dissolução – então temos de concluir que não foi feito o necessário esforço de criatividade, que permitisse contornar tal dificuldade.

> Com efeito, seria perfeitamente possível pensar em penas aplicáveis às pessoas colectivas de direito público por natureza ou originárias (isto é, às Regiões Autónomas e Autarquias locais), que passassem pela aplicação de sanções como a impossibilidade de apresentarem candidaturas para obtenção de subsídios, quer perante o Estado, quer perante a União Europeia durante um determinado período de tempo ou a partir de um determinado montante ou, ainda, retirar-lhes da sua tutela pessoas colectivas públicas derivadas por si criadas; já quanto às pessoas colectivas derivadas (isto é, as demais pessoas colectivas de direito público, criadas pelas "pessoas colectivas de direito público originárias", que actuam sobretudo no âmbito do direito privado) é perfeitamente possível pensar, além das sanções imediatamente supra enunciadas, na aplicação de pena de multa ou na "alteração coerciva do seu estatuto jurídico", no que já tivemos a oportunidade de designar, noutra sede, como "dissolução imprópria".[37]

Esse protecionismo abrangente foi mantido na alteração perpetrada pela Lei n.º 60/2013, de 23 de Agosto, mas foi retirado pela Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril, cuja nova redação do art. 11.º passou à seguinte:

> "[...] 2 - As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, **de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e** de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 152.º-A e 152.º-B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285,º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 376.º, quando cometidos:
>
> a) ...; ou
>
> b) ...
>
> 3 - (Revogado.)[...]"[38] [Grifos nossos]

[37]MEIRELES, Mário Pedro – A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas ou Entidades Equiparadas na Recente Alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: algumas notas. Julgar *On Line*, no. 5 (maio-agosto), 2008. [Em linha]. Disponível em https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados/julgar-05---maio-agosto---2008/Julgar005-M%C3%A1rioPedroMeireles-Responsabilidadepenaldaspessoascolectivas.pdf?attredirects=1

[38]**LEI nº. 30/2015, de 22 de Abril** – Procuradoria-Geral do Distrito de Lisboa. Ministério Público. [Em linha]. [Consult. 10 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2314&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

Apesar da importância da alteração trazida pela Lei 59/2007, verificamos uma considerável timidez do legislador penal ao imputar a responsabilidade penal à pessoa coletiva, isso porque estipulou dois requisitos para essa imputação se efetivar: que o delito tenha sido cometido em seu nome e no interesse coletivo por seus líderes ou, alternativamente, tenha sido cometido por quem aja sob autoridade de tais pessoas, configurando violação dos deveres de vigilância.

Ainda, dando cumprimento à Decisão-Quadro no.º 2003/568/JAI, do Conselho de 22 de julho, foi editada a Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, determinando a responsabilidade penal das pessoas coletivas e individuais por corrupção no setor privado e público, da seguinte forma:

> "Artigo 4.º
>
> Responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas
>
> As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei."[39]

A norma cuidou de estipular um novo regime penal de corrupção para o comércio internacional, conceituando «funcionário estrangeiro», «funcionário de organização internacional», «titular de cargo político estrangeiro», «trabalhador do setor privado».

Em resumo, tipificou a corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional, corrupção passiva e ativa do setor privado, bem assim especificou, quanto ao comportamento da «corrupção ativa com prejuízo do comércio internacional» que seria considerado crime de corrupção para efeitos do disposto no art. 368.º-A do Código Penal e, ainda, que aquele Código será usado subsidiariamente na presente lei.

A Lei 30/2015, de 22 de Abril, acrescentou no conceito de funcionário estrangeiro, além daqueles de empresa concessionária de serviços público, "assim como qualquer pessoa que assuma e exerça uma função de serviço

[39] **LEI nº. 20/2008, de 21 de abril** - Procuradoria-Geral do Distrito de Lisboa. Ministério Público. [Em linha]. [Consult. 10 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=983&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&

público em empresa privada no âmbito de contrato público"[40], demonstrando a intenção de ampliar a sua aplicabilidade.

Outra alteração que merece destaque, foi no artigo 5.º, o qual, na redação original previa que a pena seria atenuada e o agente seria dispensado de pena, ou seja, utilizava-se o verbo "ser" no sentido de ordem, de obrigatoriedade. A Lei 30/2008, visando ao endurecimento, previu que essa atenuação ou dispensa de pena, "poderiam" ser efetivadas, mas sem o conteúdo de obrigatoriedade, pelo aplicador, tornando-se mais uma espécie de livre arbítrio por parte deste.

Ainda nesse contexto de penalização da pessoa coletiva, a Lei no. 25/2008, de 5 de junho, estabeleceu "medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de capitais de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo, transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva no. 2005/60/CE, da Comissão, de 1 de agosto"[41], nesse aspecto, a norma "estabelece um conjunto extenso de deveres relativos a um conjunto de pessoas e entidades que, devido ao perfil ou aos setores em que atuam, têm um mais alto risco de participarem em atividades de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo"[42].

Importa mencionar, outrossim, outra norma editada na esteira do fortalecimento do combate à corrupção: a Lei no. 54/2008, a qual instituiu o Conselho de Prevenção da Corrupção, denominada, no seu artigo 1.º, como uma "entidade administrativa independente, a funcionar junto ao Tribunal de Contas, que desenvolve uma atividade de âmbito nacional no domínio da prevenção da corrupção e infrações conexas"[43].

---

[40]**LEI nº. 30/2015, de 22 de Abril** – Procuradoria-Geral do Distrito de Lisboa. Ministério Público. [Em linha]. [Consult. 10 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2314&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

[41]CUNHA, Ary Ferreira da – **Combate à corrupção: da teoria à prática**. p. 65

[42]CUNHA, Ary Ferreira da – **Combate à corrupção: da teoria à prática**. p. 65-66

[43]**LEI 54/2008, de 4 de Setembro** -. Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. Ministério Púlibco [Em linha]. [Consult. 9 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1367&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&

Quanto às atribuições, prevê o artigo 2.º, infra:

"1 - A actividade do CPC está exclusivamente orientada à prevenção da corrupção, incumbindo-lhe designadamente:

a) Recolher e organizar informações relativas à prevenção da ocorrência de factos de corrupção activa ou passiva, de criminalidade económica e financeira, de branqueamento de capitais, de tráfico de influência, de apropriação ilegítima de bens públicos, de administração danosa, de peculato, de participação económica em negócio, de abuso de poder ou violação de dever de segredo, bem como de aquisições de imóveis ou valores mobiliários em consequência da obtenção ou utilização ilícitas de informação privilegiada no exercício de funções na Administração Pública ou no sector público empresarial;

b) Acompanhar a aplicação dos instrumentos jurídicos e das medidas administrativas adoptadas pela Administração Pública e sector público empresarial para a prevenção e combate dos factos referidos na alínea a) e avaliar a respectiva eficácia;

c) Dar parecer, a solicitação da Assembleia da República, do Governo ou dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas, sobre a elaboração ou aprovação de instrumentos normativos, internos ou internacionais, de prevenção ou repressão dos factos referidos na alínea a).

2 - O CPC colabora, a solicitação das entidades públicas interessadas, na adopção de medidas internas susceptíveis de prevenir a ocorrência dos factos referidos na alínea a) do n.º 1, designadamente:

a) Na elaboração de códigos de conduta que, entre outros objectivos, facilitem aos seus órgãos e agentes a comunicação às autoridades competentes de tais factos ou situações conhecidas no desempenho das suas funções e estabeleçam o dever de participação de actividades externas, investimentos, activos ou benefícios substanciais havidos ou a haver, susceptíveis de criar conflitos de interesses no exercício das suas funções;

b) Na promoção de acções de formação inicial ou permanente dos respectivos agentes para a prevenção e combate daqueles factos ou situações.

3 - O CPC coopera com os organismos internacionais em actividades orientadas aos mesmos objectivos."[44]

1.2. A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO SOBRE A PUNIÇÃO DA PESSOA COLETIVA POR ATOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL.

A Convenção de Paris (1997), após aprovada pelo Congresso Nacional, pelo Decreto Legislativo n.º125/2000, foi promulgada no Brasil pelo Decreto no. 3.678/2000[45], determinando que a mesma deveria ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

A ideia da responsabilização penal da pessoa coletiva no Direito Brasileiro encontra abrigo na própria Constituição Federal[46], conforme verificamos nos artigos abaixo:

"Art. 173 [...]

§5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."

Ainda, no que tange à proteção ao meio ambiente, aduziu o artigo 225:

"Art.225 [...]:

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

---

[44]**LEI 54/2008, de 4 de Setembro** -. Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. Ministério Púlibco [Em linha]. [Consult. 9 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1367&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&

[45]**DECRETO n.º 3.678/2000** – Câmara dos Deputados. [Em linha]. [Consult. 06 Dez. 2015]. Disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2000/decreto-3678-30-novembro-2000-361096-publicacaooriginal-1-pe.html

[46]**CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988** [Em linha]. [Consult. 05 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

Tal possibilidade de penalização da pessao coletiva foi inaugurada pela legislação infraconstitucional através do artigo 3° e parágrafo único da Lei n° 9.605/1998, para o qual:

> "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou beneficio da sua entidade." [...]

Ao contrário do Código Penal português, o Código Penal brasileiro não dispõe sobre a responsabilidade penal da pessoa coletiva, nem generalizada nem específica para determinados crimes, tendo ainda o assunto se encontrado em fase tramitação legislativa, através do Projeto de Reforma do Código Penal. Trata-se do Projeto de Lei no. 236[47], de 2012, o qual propõe da seguinte forma a responsabilidade da pessoa coletiva:

> "Responsabilidade penal da pessoa jurídica
>
> Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados **contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente**, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
>
> § 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.
>
> § 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.
>
> § 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática doks crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o direitor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário da pessoa

[47] **Projeto de Lei do Senado no. 236, de 2012 (**Novo Código Penal). Senado Federal. [Em linha]. [Consul. 21 Dez 2015]. Disponível em http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1

> jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la."[48] (Grifos nossos)

Quanto às penas, o projeto prevê que a de prisão será subsitituída por multa, restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade e perda de bens e valores.

Na esteira da evolução jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil, já havia consolidado o entendimento de que para se configurar a criminalização da pessoa coletiva, seria necessária a dupla imputação, ou seja, haveria que ser oposta a denúncia contra a pessoa jurídica e, concomitantemente, contra as pessoas singulares envolvidas na prática criminosa. Essa teoria encontra problema no momento em que – por se tratar de uma aglomeração de grande porte – não sejam possível essa indicação das envolvidos.

> "A jurisprudência deste Sodalício é no sentido de ser possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa natural que atua em seu nome ou em seu benefício." [49]

Posteriormente, ainda quanto à penalização na seara dos crimes ambientais, outra decisão judicial foi fundamental para o amadurecimento do tema no Brasil. Trata-se de delito ambiental perpetrado pela Petrobrás[50], cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal tomou outro rumo, desvinculando essa obrigatoriedade da dupla imputação, conforme se verifica abaixo:

---

[48] O Projeto se encontra em tramitação, aguardando relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, desde 13.10.2015.

[49]MACABU, Adilson Vieira rel. Min. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça nos EDel no RECURSO ESPECIAL No. 865.864** – PR (2006/0230607-6). [Em linha]. [Consul. 21 Dezembro 2015]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099747&num_registro=200602306076&data=20120201&formato=PDF

[50]Trata-se de imputação da Petrobras e do gerente da estatal pelo crime ambiental previsto no art. 54, *caput*, da Lei 9.605/98, em razão da destruição de parte de uma área de mariscagem e de três camboas na praia de Cairu, em Salinas da Margarida, no Estado da Bahia.

"[...] 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuladades para imputar o fato ilítico a uma pessoa concreta.

3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º., da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não epans de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelso crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.

4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantjes da produção do feto ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relavante para fins de imputar detemrinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade individual.[51]

Especificamente quanto à punição da pessoa coletiva por crimes de corrução, foi aprovada a Lei no. 12.846/2013, entrando em vigor em fevereiro de 2014, dispondo sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

[51] WEBER, Rosa Min. Rel. – **Acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário no. 548.181** – PR, julgado em 06.08.2013. [Em linha]. [Consult. 21 Dez. 2015]. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=7087018&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20548181

"Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a **responsabilização objetiva**[52] **administrativa e civil de pessoas jurídicas** pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe

[52]Segundo ZAFFARONI; PIERANGELI "Todo direito penal primitivo caracteriza-se por responsabilizar fundamentalmente em razão da produção de um resultado e raramente dar importância ao aspecto subjetivo da conduta. A imputação da produção de um resultado, fundada na causação dele, é o que se chama de responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva é a forma de violar o princípio de que não há delito sem culpa, isto é, diz respeito a uma terceira forma de tipicidade, que se configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado, sem exigir-se que esta causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente". p. 470-471

sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado."[53] (Grifos nossos)

Acerca dos crimes abrangidos pela referida lei, em resumo, prevê: prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta lei; utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; no tocante a licitações e contratos: frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no

[53] **LEI no. 12.846, de 1º. de Agosto de 2013 –** Presidência da República. [Em linha]. [Consult. 21 Dez. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm

âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional[54].

Importa salientar que, apesar de a citada lei menionar – explicitamente – que se trata de responsabilidade civil e administrativa da pessoa coletiva pelo atos de corrupção, parte da doutrina entende que houve um verdadeiro camuflamento pelo legislador brasileiro, visto que se vislumbra, *ipso facto*, um conteúdo de natureza evidenciadamente penal.

Conforme se explanou acima, a responsabilização penal da pessoa coletiva no Brasil, desde que foi inaugurada pela lei de crimes ambientais, causou críticas e descontentamentos, razão pela qual o legislador parece ter pretendido agir com cautela no intuito de não abalar os paradigmas sólidos dos penalistas, quando da instituição da Lei Anticorrupção.

O art. 19, da retrocitada lei, prevê – além da multa aplicada pela via administrativa – as seguintes penalidades (aplicadas de forma isolada ou cumulativa), pela via judicial: perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; suspensão ou interdição parcial de suas atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos[55].

A expressão utilizada pela lei, denominada «responsabilização judicial» constituiu uma inovação singular, porque fugiu – deliberadamente – da titificação penal. No sentir de NUCCI, "deveria o Direito Penal cobrar direitos autorais, porque essa Lei Anticorrupção, que se proclama meramente civil e adminsitrativa, vale-se de inúmeros termos exclusivos do direito penal, tais como coautor, partícipe e culpabilidade"[56]. E o que é pior:

[54]**LEI no. 12.846, de 1º. de Agosto de 2013 –** Presidência da República. Artigo 5º. [Em linha]. [Consult. 21 Dez. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm

[55]**LEI no. 12.846, de 1º. de Agosto de 2013 –** Presidência da República. Art. 19. [Em linha]. [Consult. 21 Dez. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm

[56] NUCCI, Guilherme de Souza – **Corrupção e Anticorrupção.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 111.

apesar de denotar características penais, previu a responsabilização objetiva, instituto natural das esferas civis e administrativas mas causador de alvoroço na seara criminal.

Os atos descritos no art. 5º., supra, refletem tipos de natureza penal para a pessoa física, no âmbito do Código Penal brasileiro em vigor, assim, por que razão se revesteriam de caráter meramente administrativo ou civil quando praticados pela pessoa coletiva? NUCCI assevera que esta "[...] Lei Anticorrupção pode disfarcar-se de lei administrativa ou civil (ou *sui generis*), mas a sua natureza jurídica é eminentemente penal."[57]

BOTTINI; TAMASAUKAS aduzem que:

> "A nosso ver, se trata de uma lei penal encoberta. Como já defendemos, a qualidade e a quantidade das sanções, os contornos dos ilíticos e o bem jurídico tutelado revelam que a lei trata – em verdade – de crimes e impõe penas, sendo portanto, vedado o recurso à responsabilidade objetiva"[58].

Em resumo panorâmico, constatamos que a Lei Anticorrupção brasileira veio buscar a punição das pessoas coletivas, isso porque os ilícitos relativos à corrupção, perpetrados pela pessoas singulares sempre foram regulados pelo Código Penal[59], além de noutras normas extravagantes.

Advertimos, por oportuno, que a polêmica não se esmeira de somenos importância: não chamar de sancões penais, pode – eficazmente – ter afastado os penalistas de grandes embates, no entanto, o que dizer dos processualistas penais que vêem as sanções com ares de penal serem aplicadas mediante o processamento judicial civil, sem as garantias do processo penal? NUCCI defende que:

> "Da nossa parte, é muito mais racional que a pessoa jurídica responda, sim por crimes de sua alçada – ambientais, econômicos, financeiros,

[57] NUCCI, Guilherme de Souza – **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 94.

[58] Apud NUCCI, Guilherme de Souza – **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 94

[59] A exemplo vários tipos penais inseridos no Título relativo aos crimes contra a administração pública (312 e segs.), em especial no art. 317 (corrupção passiva), 332 (tráfico de influência), 333 (corrupção ativa) e nos arts. 337-B (corrupção ativa em transação internacional), 337-C (tráfico de influência em transação internacional), do Código Penal brasileiro.

> tributários, dentre outros campos -, pois, pelo menos, pode-se conceder a ela os mesmos direitos do réu, particularmente, a prova do dolo, no caso de corrupção[60].

Ressalvadas as mais variadas críticas acerca da natureza da Lei Anticorrupção brasileira, parte da doutrina aplaude a sua criação nos moldes atuais, inclusive acatando ter a referida norma se utlizado do "Direito Administrativo Sancionador, ao invés do Direito Penal", sendo aquele que advém do Direito Público e agrega o poder punitivo estatal, como nos aduz PIMENTEL FILHO:

> "[...] Chamamos a atenção assim para o que nos parece um fato: apesar de haver autonomia [relativa] dogmática entre Direito Administrativo e Direito Penal, porque são técnicas jurídicas diferentes em sua forma e na maneira como são efetivadas suas normas, o conteúdo que esses diferentes ramos do Direito protegem, os valores jurídicos, podem ser idênticos, e muitas vezes são. Assim não vemos, em absoluto, diferenças ontológicas entre as sanções administrativas e as sanções penais, podendo o legislador, diante do desvalor de determinada conduta, tipificá-la como crime ou como infração administrativa, ou como ambas as figuras. Tudo considerado, em face dos inconvenientes dogmáticos e práticos que dificultariam a eficácia de enventual positivação de norma penal prevendo responsabilidade de pessoas jurídica por corrupção, o legislador evitou as dificuldades que eventual opção pelo Direito Penal traria. Essa polítiva foi feliz não só do ponto de vista técnico-jurídico, com também sob a perspecitva sociológica, de eficácia da legislação, eis que a criação de disposições sancionadoras desenhadas especificamente para a senção de pessoas jurídicas tem potencial de surtir efeito muito superior no objetivo de prevenir e punir práticas corruptas, em especial por permitir que se utilizasse de técnica de responsabilização que dispensasse a perquirição, tão somente em relação à sanção aplicável à pessoa jurídica, de elemento subjetivo, justamente pelo fato e que tal indagação sobre a vontade, sobre o elemento subjetivo que

[60]NUCCI, Guilherme de Souza – **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 91.

comandou o ato de corrupção, é incabível em se tratando de pessoa coletiva, que age soba a influência de múltiplas condutas e desígnios."[61]

2. A responsabilização da penal da pessoa coletiva

2.1. Introito sobre a Pessoa Coletiva

A questão da natureza da pessoa coletiva[62] já foi bastante discutida, pois que a conceção que se tem – atualmente – de que o ente formado se destaca das pessoas que o criaram, *hoc est,* possuindo natureza própria, não representou uma verdade desde sempre, a saber:

> "Dessume-se que os romanos não distinguiam ainda o ato criativo da coisa criada. Não conseguiam entender que, em qualquer entidade, a vontade do fundador ou dos fundadores, após legalmente manifestada, desprendendo-se, vem formar algo que conta com exigência autónoma e está além do querer individual inicial. Procede, portanto, a conclusão lógica de que, em se tratando da sociedade, o direito romano era estritamente contratualista (2) e sem qualquer noção quanto à entidade coletiva resultante do contrato social[63]."

À necessidade de os homens se aglomerarem para produzir fins de interesses comuns seguiu-se a necessidade de autonomizar esses entes que

[61]PIMENTEL FILHO, André – Comentários aos artigos 1º. ao 4º. Da Lei Anticorrupção. In **Lei Anticorrupção**, SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de, org., Salvador: Editora JusPodvm, 2015. ISBN 978-854-420-187-9. p. 73-75.

[62]Lembremos que embora a terminologia adotada pelo direito português seja "pessoa coletiva", enquanto que no direito brasileiro é "pessoa jurídica", CORDEIRO leciona que nem sempre foi assim, explanando: "Na obra de GUILHERME MOREIRA, a terminologia sofreu evolução digna de registo. Na pré-edição das suas *Instituições de Direito Civil*, publicadas e impressas em 1902 ou 1903, sem frontespício nem o nome do Autor, GUILHERME MOREIRA falava, ainda, em pessoas jurídicas ou moraes, contrapondo-se às pessoas physicas. Já na 1ª. ed. das Instituições, de 1907, a matéria ganha um muito maior desenvolvimento, vindo o Autor a contrapor pessoas singulares, a pessoas colectivas. Aí, debatendo o problema terminológico, MOREIRA afasta outras designações, como as pessoas jurídicas, moraes, sociaes, fictícias e abstractas, sempre a registar a publicação dum importante escrito de JOSÉ CAEIRO DA MATA, então alumno do quarto anno juridico onde o que chama pessoas socias é cuidadosamente examinado à luz das teorias então existentes. Estas foram, nessa ocasião, apresentadas em termos pioneiros, na nossa doutrina (CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – **O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial**. p. 17)."

[63]PEREZ, Gabriel Nettuzzi – **A Pessoa Jurídica e a Quase Pessoa Jurídica**. [Em linha]. [Consult. em 2 Nov. 2015]. Disponível em http://www.revistajustitia.com.br/revistas/xcd6x7.pdf p. 24

foram criados pelo homem, tendo o direito canônico uma relevante importância nessa autonomia, pois que a Igreja, ao representar tantos papéis na sociedade, expandindo-se cada vez mais, precisou fortalecer-se, conforme nos historia PEREZ[64], parafraseando SERPA e MONTEIRO:

> "[...] Os sacerdotes isoladamente considerados seriam impotentes diante de tamanhas barreiras, que lhe ocasionariam o esbarroamento infalível de suas missões."
>
> "[...] Presididos e inspirados por uma vontade superior todos os institutos da Igreja foram considerados entes ideais. Uma vez que provido de patrimônio, qualquer ofício eclesiástico era alçado à categoria de entidade independente. Em consequência, dessubordinando-se materialmente da Igreja, adquiriram autonomia as fundações, como o pium corpus, os hospitais e a *sancta domun*".

Ainda nos recorda PEREZ[65], que:

> "E, resumo, é de assertivar-se que as concepções romana e canônica convergiam para um ponto comum – o caráter unitário da pluralidade -, pôsto que a diferençação entre ambas residia na idéia institucional imprimida à pessoa jurídica à ultima. Já a germânica enveredava por caminho inverso ao das outras.
>
> O amálgama dessas concepções, com as nuances dadas pelos glosadores e pós-glosadores, serviu de gênese à pessoa jurídica, conforme o entendimento atual. Assim, em projeção através dos tempos, em evolução contínua, a doutrina em pauta, condensando-se no direito medieval, atingiu a forma hodierna, com o incremento das indústrias, que veio diversificar as atividades humanas."

Ora, a teoria do realismo analógico, que se atribui a Gierke, segundo a qual as pessoas coletivas são entes reais na vida social, individuais e que possuem uma subjetividade própria, diferente dos das pessoas naturais envolvidas, representa a maioria doutrinária portuguesa, como nos afirma

[64]PEREZ, Gabriel Nettuzzi – **A Pessoa Jurídica e a Quase Pessoa Jurídica**. p. 26.

[65]PEREZ, Gabriel Nettuzzi – **A Pessoa Jurídica e a Quase Pessoa Jurídica** p. 26.

VASCONCELOS[66], levando-nos, desde já, a alguns enfrentamentos, sendo o principal deles, o fato de os pensadores terem afastado, categoricamente, a artificialidade da natureza da pessoa coletiva.

2.2. O DIREITO PENAL NOS NOVOS ANSEIOS SOCIAIS.

Com as drásticas mudanças engendradas pelo contexto globalizado das sociedades, fala-se no expansionismo do Direito Penal, abrangendo inúmeras áreas até então indiferentes às sanções penais, oriundas da denominada «sociedade de risco», aquela na qual, no dizer de BECK[67], "[...] o passado perdeu seu poder de determinação sob o presente. Entra em seu lugar o futuro – ou seja, algo que não existe, algo fictício e construído – como a causa da vida e da ação no presente. Quando falamos de riscos, discutimos algo que não ocorre mas que pode surgir se não for imediatamente alterada a direção do barco[...]."

E sobre esses riscos da sociedade universal, BECK nos ensina:

> "De qualquer maneira as destruições ecológicas propiciam guerras – seja o irrompimento de um conflito armado pela disputa de fontes vitais (água, por exemplo) ou a convocação de forças militares por fundamentalistas ecológicos do Ocidente com a intenção de impedir a destruição ambiental (como ocorreu quando da solicitação para o fim do desmantelamento das florestas tropicais).
>
> Não é difícil imaginar que um país vivendo numa pobreza crescente venha a explorar o meio ambiente até os seus últimos recursos. No desespero (ou no acobertamento político do desespero) ele pode se utilizar da força armada para tomar posse de fontes estrangeiras de sobrevivência. Destruições ecológicas (como o alagamento de Bangladesh, por exemplo) podem levar a movimentos de fuga em massa, que por sua vez desembocam em conflitos de guerra. Ou então, Estados envolvidos na guerra e ameaçados

[66] VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do direito Civil**. p. 118

[67] BECK, Ulrich - **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização**, CARONE, André, trad. [Em linha]. São Paulo: Paz e Terra, 1999. [Consul. 12 Dez. 2015). Disponível em http://docslide.com.br/documents/beck-ulrich-o-que-e-globalizacao.html p. 178.

de entrar em colapso podem, numa medida extrema, fazer uso de armas atômicas e químicas ameaçando destruir regiões e cidades circunvizinhas. Não há limites para a construção imaginária de cenários de horror que reúnam essas fontes de perigo."[68]

A política criminal geralmente age de forma reducionista ou expansionista, dependendo dos modelos estatais utilizados para o controle social dos novos conflitos, sendo acionada para uma maior intervenção quando os sistemas jurídicos não atendem às demandas.

HASSEMER[69] assevera que:

"Os bens jurídicos individuais em concreto, vistos como núcleo do Direito Penal assim 'modernizado', são simplesmente ridículos (a conversa agora é sobre vastos bens jurídicos universais, sobre 'funções', sobre 'grandes perturbações aos sistemas', conjuntos de múltiplos riscos);

os crimes de dano sobreviveram como tipo central da imputação penal (para nossa sensação constante de ameaça, parece mais razoável punis já o mero perigo abstrato).

os vetustos princípios da retribuição e da ênfase no fato punível tornam a vida moderna mais perigosa (hoje não podemos esperar que a criança caia no poço, é preciso desde antes prevenir);

o princípio da responsabilidade da responsabilidade individual torna-se anacrônico (**o ilícito penal moderno resulta muito mais de processos entrelaçados e complexos de decisões**);

é preciso repensar o princípio do *in dubio pro reo* (um Direito penal que pretenda apresentar-se adulto diante do mundo moderno, precisa ser capaz de agir com rapidez precisamente nas situações mais obscuras);

---

[68] BECK, Ulrich - **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização,** CARONE, André, trad. [Em linha]. São Paulo: Paz e Terra, 1999. [Consul. 12 Dez. 2015). Disponível em http://docslide.com.br/documents/beck-ulrich-o-que-e-globalizacao.html p. 82-83.

[69]Apud MORAES, Alexandre Rocha Almeida de - **A terceira velocidade do Direito Penal: o Direito Penal do Inimigo.** [Em linha]. [Consult. 14 dez. 2015]. Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf

> diferenciações normativas tais como tentativa/consumação, autoria/participação, dolo/culpa tornam-se incômodas, se não até mesmo contraproducentes para um Direito Penal moderno (porque na luta contra a criminalidade moderna, torna-se necessária a utilização de estruturas de relevância e critérios de avaliação totalmente novos e adequados ao fim)." [Grifos nossos]

HEIDE[70] nos informa acerca da discussão mundial sobre a nova função do Direito Penal, que não se limita apenas ao "*control retrospectivo de las conductas individuales, como sucede en el Derecho Penal clássico, se trata cada vez más del control de las disfunciones sociales*", em razão dos novos temas da criminalidade econômica, como lavagem de dinheiro, responsabilidade por produtos defeituosos, proteção ao meio ambiente.

O expansionismo do Direito Penal parte da premissa de quebra dos paradigmas tradicionais, passando da proteção aos bens jurídicos individuais à prevenção dos interesses metaindividuais.

No sentir de SANCHEZ[71], *"[...] el paradigma del Derecho penal clássico es el homicídio de um autor individual. [...] El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto em su modalidade empresarial convencional, como em las modalidades de la llamanda macrociminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidade organizada (tráfico de armas, mujeres o niños). La delincuencia da la globalización es delicuencia económica. A la que se tende a assignar menos garantias por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación «excepcional», a la que se tende a assignar menos garantias por el enorme potencial peligroso que contiene."*

[70]HEINE, Günter – **La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución Interncional y Consecuencias Nacionales**. Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg. [Em linha]. [Consult. 13 Dez. 2015]. Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf

[71] SANCHEZ, Jesús-Maria Silva – **La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal em las Sociedades Postindustriales.** 2ª. ed., Madrid: Civitas. 2001.[Em linha]. [Consult. 14 Dez. 2015]. Disponível em http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho/LA_EXPANSION_DEL_DERECHO_PENAL_-_silva_sanchez__jes_s_m_-.pdf p. 99

Quanto à resposta a essas novas demandas, HEINE assevera que "*una gran mayoria de los países regula la sanción de las organizaciones en leyes penales complementares [...]*"[72], assim, "[...] *la sanción no es considerada de índole penal, aun cuando puede ser varias veces más severa que la multa penal*"[73].

Destarte, tem crescido "[...] e*l número de países que prefieren el derecho penal, de acuerdo con la concecpción anglo-americana, es el caso sobre todo en Francia, Finlandia, Suecia, Suiza y Holanda. De este modo, se espera reforzar el efecto preventivo. Pero sobre todo, se busca tratar de maneira igualitária las conductas danosas cometidas sea por personas naturales, sea 'por' o a través de empresas. Un tratamento limitado a la contravención de los deberes administrativos, como sucede en los sistemas de regulación especial, es considerado insuficiente [...]*[74].

A responsabilização penal da pessoa coletiva atingiu uma necessidade transnacional, tanto que, como leciona TIEDEMANN[75], "*basta recordar, a nível legislativo – despues de los Códigos holandês (1976) y noruego (1992) – el Código penal francês de 1994 ha previsto una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas*".

Inúmeras foram as dificuldades apostas pela doutrina para a criminalização da pessoa coletiva, tendo como um embate – de logo - o princípio da intransmissibilidade da pena, previsto no art. 30.º, da Constituição da República:

[72]HEINE, Günter – **La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución Interncional y Consecuencias Nacionales**. Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg. [Em linha]. [Consult. 13 Dez. 2015]. Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf

[73]HEINE, Günter – **La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución Interncional y Consecuencias Nacionales.** Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg. [Em linha]. [Consult. 13 Dez. 2015]. Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf

[74]HEINE, Günter – **La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución Interncional y Consecuencias Nacionales.** Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg. [Em linha]. [Consult. 13 Dez. 2015]. Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf

[75]TIEDEMANN, Klaus – **Responsabilidad Penal de las Personas Juridicas. Anuario de Derecho Penal, 1996, Université de Fribourg**. [Em linha]. [Consult. 14 Dez. 2015]. Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf

"ARTIGO 30.º [...]

3. A responsabilidade penal é insusceptível de transmissão."[76]

Sobre o tema, parte da doutrina não aceitava a criminalização da pessoa coletiva por entender que a pena de dissolução da sociedade, por exemplo, afetava os trabalhadores, os acionistas inocentes e, ainda, membros do conselho da administração que tivessem votado contra a decisão que deu início à prática do crime; destarte, ao contrário, a não punição da pessoa coletiva, gera outro problema, visto que a penalização apenas da pessoa singular envolvida no delito que favoreceu a pessoa coletiva, pode – à evidência – ferir o princípio da intransmissibilidade da pena[77].

A problemática quanto à culpabilidade da pessoa coletiva repousa – efetivamente – na fundamentação teórica, visto que o ente não humano não possui vontade, inteligência, liberdade de atuação. Destarte, a dificuldade de imputar a criminalidade à pessoa coletiva face às teorias penais tradicionais necessita ceder espaço a uma nova construção de imputação, dada a forca exorbitante que esses aglomerados têm exercido nas relações: não são pessoas que se movimentam como nós, mas criam filiais e sucursais; não se comunicam como os homens, mas firmam contratos, assumem compromisso e responsabilidades; não pensam sem sofrem psiquicamente, mas emitem decisões e ordem em conjunto, sem – muitas vezes – mostrarem a cara para discernirmos qual dos seus representantes ou gestores acionou determinado comando. Não são seres com pulsação mas movimentam inúmeras ações a sua volta. Determinam condutas. Agem. Funcionam como reais entes com vida própria: nascem, crescem e "morrem".

[76]**CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005**. 18.ª ed. Lisboa: Quid Juris? 2014. p. 37.

[77]ASSUNÇÃO, Filipa Vasconcelos – **A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Em especial a Problemática da Culpa**. Católica Research Centre for the Future of Law. Católica Dissertations, no. 1/2013. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2015]. Disponível em http://www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/RESEARCH/Dissertations/Filipa_Vasconcelos_de_Assuncao.pdf p. 18

II - Observações finais

O fenômeno da corrupção demonstra características específicas de execução que exigem resposta adequada no que tange ao combate aos crimes que lhe são relacionados. Tratando-se "de uma macro delinquência sem fronteiras, ou de uma corrupção sistemática, endémica, viscosa (com poderosos instalados), organizada, mutante e inovadora, que utiliza as novas tecnologias de informação, que utiliza meios sofisticados de execução, que explora a confusão legislativa e as diferenças de legislação entre os Estados, que se fixou na corrupção como instrumento fundamental, para atingir os seus fins principais: o lucro ilícito, o poder económico e político"[78].

Como pensar em combater tal criminalidade com as ferramentas tradicionais do Direito Penal? Afinal, "[...] temos hoje de assumir, seriamente, que grande parte do grande crime organizado internacional – sobretudo nas áreas fiscal e financeira – beneficia de uma grande, sofisticada e complacente impunidade, que passa sobretudo por uma acção tímida dos Estados e das estruturas judiciais e policiais internacionais"[79], leciona VENTURA.

Alia-se à sofisticação dos delitos de corrupção, ainda, os mais variados filtros que conduzem à impunidade, como a condição social dos autores dos crimes, os abusos dos paraísos fiscais com circuitos financeiros anônimos e rápidos, o caráter velado e indireto das condutas, os verdadeiros pactos de silêncio entre os envolvidos, bem assim o anonimato conseguido com a prática dos crimes através das empresas criadas ou utilizadas para a prática dos mencionados delitos[80].

---

[78]MORGADO, Maria José - **Congresso da Justiça.** Corrupção: estrutura e significado, 12.08.2003. [Em linha]. [Consult. 20 Dez. 2015]. Disponível em http://asficpj.org/temas/diversos/congressojust/morgado.pdf

[79]VENTURA, André – **A Nova Justiça Internacional**. 1ª. ed. Lisboa: Chiado Editora, 2015. p. 119.

[80]MORGADO, Maria José - **Congresso da Justiça**. Corrupção: estrutura e significado, 12.08.2003. [Em linha]. [Consult. 20 Dez. 2015]. Disponível em http://asficpj.org/temas/diversos/congressojust/morgado.pdf

Se os conceitos tradicionais penais relativos à finalidade da pena – à luz da doutrina - não podem ser aplicados à pessoa coletiva, mas – na vida real, fática e prática – esses aglomerados entes não humanos têm servido de escudo para a efetivação de inúmeros atos corruptamente nocivos à estabilização social e econômica hodierna, faz-nos crer que os conceitos merecem ser drasticamente alterados. E o Direito Penal repensado.

Afastar a criminalização da pessoa coletiva pode servir para o bem ou para o mal. Para o bem, no sentido de manter o mínimo intervencionismo penal, tão aclamado por juristas e sociólogos como um ponto de equilíbrio. Para o mal, no sentido de deixar que as criaturas ultrapassem os limites do seu criador, visto que as pessoas coletivas permanecerão verdadeiros escudos de imunidade dos seus instituidores e gestores.

A imputabilidade penal da pessoa coletiva tem exsurgido por uma questão contextual, em razão dos contornos utilizados pelas pessoas singulares para se evadirem da responsabilidade por seus atos criminosos. Parece que manter as responsabilizações civil e administrativa não tem sido suficiente a todas as realidades atuais.

Diante dos incontáveis e múltiplos atos passíveis de serem realizados pela pessoa coletiva, quase em pé de igualdade com a pessoa singular, como uma gama de contratos, acordos, dentre outros, faz crer que a não punição da pessoa coletiva, na verdade, gera – na vida nua e crua – uma gritante desigualdade.

NUCCI assevera:

> "Nenhum civilista, em que tempo fosse, criou a pessoa jurídica[81] e defende seus critérios e princípios pensando em ser ela, na verdade, uma enorme organização criminosa. Mas hoje é essa a verdade mundo afora. **Há empresas que são, simplesmente, bandidas**."[82] [Grifos nossos]

A política criminal expansiva (e até endurecida!) representa um caminho a trilhar no combate à essa praga no sistema jurídico, embora o Direito

[81]Pessoa jurídica no sentido de "pessoa coletiva".

[82]NUCCI, Guilherme de Souza – **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 94

Administrativo Sancionador nos mostre que também pode aplicar punições severas e adequadas. Na verdade, a opção de política criminal não se dá aleatoriamente, ao revés, deve seguir a tendência contextual. VASCONCELOS nos recorda que a se aplica a "Responsabilidade criminal pelos ilícitos mais graves, que agridem os mais altos valores tutelados pela Ordem Jurídica e que estão na lei exaustiva e taxativamente tipificados como crimes. Os ilícitos que não sejam suficientemente graves para constituírem crimes, dão lugar apenas a responsabilidade civil, quando originem danos, que se podem traduzir em prejuízos de ordem patrimonial ou em sofrimentos de ordem moral."[83]

Outrossim, a história tem mostrado que o fortalecimento mediante a penalização não é suficiente. Inobstante o combate legislativo através de normas contundentes, não podemos olvidar da necessidade de aparelhamento dos sistemas de investigação, no intuito de monitorar – principalmente – os vultosos valores que circulam transnacionalmente à revelia dos controles estatais. VENTURA lança a questão "De que valem condenações de cinco anos de prisão por fraude fiscal ou corrupção se, ao fim de alguns meses, os poderosos regressam às suas mansões de luxo e ao gozo dos seus milhões, sob a proteção de governos cúmplices ou através das contas bancárias de amigos ou familiares?"[84]

Em síntese, alguns pontos merecem ser lançados para reflexão. No direito brasileiro, aguardemos a efetivação da reforma do Código Penal, lembrando que lá – no projeto em andamento – a ideia prevista é de que as pessoas coletivas sejam punidas nos crimes cometidos «contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente», ou seja, deixando de lado o perfil mais próximo da pessoa singular quanto à crimiminalização, o que nos apresenta muito mais consentâneo com a pretensão de combate aos crimes econômicos e empresarias, nos quais, por exemplo, tornaria – prima facie - menos doloroso o entrave

[83]VASCONCELOS, Pedro Paes – **Teoria Geral do Direito Civil**, 7ª. ed. Coimbra: Almedina. p. 15.

[84]VENTURA, André – **Os milhões da corrupção**. Correio da Manhã. [Em linha] 14.12.2015. [Consult. 22 Dez. 2015]. Disponível em http://www.cmjornal.xl.pt/opiniao/colunistas/andre_ventura/detalhe/os_milhoes_da_corrupcao.html

doutrinário acerca da culpabilidade. Dizemos isso porque tais atos se apresentam entrelaçados diretamente ao risco da atividade que desenvolvem, ao risco do negócio. Outra crítica que merece um estudo específico, repousa sobre a previsão de responsabilidade objetiva trazida pela norma anticorrupção.

Afora a futura criminalização via Código Penal, o Direito brasileiro introduziu a responsabilidade penal da pessoa coletiva face aos crimes ambientais e, recentemente, cumprindo os compromissos internacionais firmados, assegurou o sancionamento severo das pessoas coletivas no que pertine aos atos de corrupção, cujas condutas, na referida Lei Anticorrupção, deixou claro se assemelharem àquelas 'tipicamente penais' dispostas no Código Penal brasileiro no que toca à pessoa singular. Inobstante a séria disputa sobre a natureza da citada norma, importa destacar que a penalização efetiva desses crimes se encontra compromissada nos acordos internacionais firmados, em razão de atingiram uma necessidade global.

No caso português, a política legislativa optou por incorporar – no Código Penal – como exceção à regra geral da responsabilização pessoal da pessoa singular, alguns delitos tradicionalmente atribuídos às pessoas humanas, num rol fechado que somente nos faz lembrar do princípio da tipicidade e legalidade para impedir que condutas similares àquelas sejam imputadas a tais entes. As críticas também são variadas, inclusive quanto ao critério legislativo de escolha: por que não outros delitos, já que optou-se desviar-se da criminalização meramente econômica e empresarial? Também quanto à resistência em punir além da esfera privada.

As teorias sobre a culpabilidade da pessoa coletiva devem se obrigar a refletir no direito penal do futuro: onde se buscará abrigo se o caos chegar? Atos de guerra, de terror, abuso de substâncias altamente nocivas [como as radioativas], destruição em massa da biodiversidade ou quiçá uma insustentável insuficiência dos recursos devido às históricas desigualdades da distribuição deles em todo o mundo; onde estarão as pessoas coletivas que forneceram tecnologia/bens/conhecimentos e – como corolário - responsáveis por esses desastres globais? Servirão de mero escudo para as pessoas singulares agirem? E as pessoas coletivas estatais? Serão escoltadas

pela imunidade pelo fato de não serem passíveis de punição nos moldes criminais?

III - Referências Bibliográficas

A) Obras Impressas

AMED, José Fernando; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos – **A História dos Tributos no Brasil.** São Paulo: Edições SINAFRESP, 2000.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão – Legislação Anticorrupção no Mundo: Análise Comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira, o *Foreign Corrupt Pratices ACT* Norte-Americano e o *Bribery Act* do Reino Unido. p. 35-62. In **Lei Anticorrupção**, SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de, org., Salvador: Editora JusPodvm, 2015. ISBN 978-854-420-187-9.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. 18.ª ed. Lisboa: Quid Juris? 2014. ISBN 978-972-724-690-8.

CUNHA, Ary Ferreira – **Combate à Corrupção: da Teoria à Prática**. Lisboa: QuidJuris, 2015. ISBN 978-972-724-712-7

NUCCI, Guilherme de Souza – **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6528-0

PIMENTEL FILHO, André – Comentários aos artigos 1º. ao 4º. Da Lei Anticorrupção. p. 63-86. In **Lei Anticorrupção**, SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de, org., Salvador: Editora JusPodvm, 2015. ISBN 978-854-420-187-9.

SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de, org. - **Lei Anticorrupção**. Salvador: Editora JusPodvm, 2015. ISBN 978-854-420-187-9.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros org. – **Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. ISBN 978-85-88652-38-5

VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Teoria Geral do direito Civil**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-405011-9

VENTURA, André – **A Nova Justiça Internacional**. 1ª. ed. Lisboa: Chiado Editora, 2015. ISBN 978-989-51-4272-9

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique – **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 978-85-203-4910-6

B) OBRAS DIGITAIS

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de - **CULPABILIDADE EMPRESARIAL EM DIREITO PENAL ECONÔMICO: a teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica.** 29.08.2013. [Em linha] [Consult. 22 Dez. 2015]. Disponível em http://arnaldoquirino.com/2013/08/29/culpabilidade-empresarial-em-dirieto-penal-economico/

ASSUNÇÃO, Filipa Vasconcelos – **A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Em especial a Problemática da Culpa**. Católica Research Centre for the Future of Law. Católica Dissertations, no. 1/2013. [Em linha]. [Consult. 15 Set. 2015]. Disponível em http://www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/RESEARCH/Dissertations/Filipa_Vasconcelos_de_Assuncao.pdf

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo – **Algumas notas sobre o problema da «corrupção», sobretudo no seio do Direito Penal Económico e Social, quer de um ponto de vista do Direito Penal, quer a partir de uma perspectiva criminológica: o caso da empresa**. III Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais. [Em linha]. [Consult. 19 Dez. 2015]. Disponível em https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/859/1/artigo2_III_CICJE.pdf

BECK, Ulrich - **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo: Respostas à Globalização.** CARONE, André, trad. [Em linha]. São Paulo: Paz e Terra, 1999. ISBN 85-219-0341-3. [Consul. 12 Dez. 2015). Disponível em http://docslide.com.br/documents/beck-ulrich-o-que-e-globalizacao.html

BREI, Zani Andrade – **A Corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. Revista Brasileira de Administração Pública.** [Em linha] Rio de Janeiro, v. 30, no. 3, 1996. p. 103-115. [Consult. 06 Dez. 2015]. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8088/6904

CÓDIGO PENAL – Approvado por Decreto de 10 de Dezembro de 1852. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855. [Em linha]. [Consult. 2 Dez. 2015]. Disponível em http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf

CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS – Decreto de 16 de Setembro de 1886, 7ª. Coimbra: Imprensa da Universidade, edição, 1919. [Em linha]. [Consul. 2 Dez. 2015]. Disponível http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf

CÓDIGO PENAL – Decreto-Lei no. 48/95, de 15 de Março. Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Distrital de Lisboa – Ministério Público. [Em linha]. [Consult. 9 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=109&artigonum=109A0011&n_versao=1&so_miolo=

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988 [Em linha]. [Consult. 05 Set. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS contra a Corrupção, de 31 de Outubro de 2003 (Convenção de Mérida) - Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015] Disponível em https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2007/09/18300/0669706738.PDF

CONVENÇÃO PENAL sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo, em 30 de Abril de 1999 – Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015]. Disponível http://www.gddc.pt/siii/docs/rar68-2001.pdf

CONVENÇÃO sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, adotada em Paris em 17 de Dezembro de 1997, na Conferência Ministerial da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico - Gabinete de Documentação de Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015]. Disponível emhttp://www.gddc.pt/siii/docs/rar32-2000.pdf

DECRETO n.º 3.678/2000 – Câmara dos Deputados. [Em linha]. [Consult. 06 Dez. 2015]. Disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2000/decreto-3678-30-novembro-2000-361096-publicacaooriginal-1-pe.html

DESPORTES, Fréderic; GUNEHEC, Francis Le – ***Las Penas Aplicables a las Personas Juridicas.*** *Anuario de Derecho Penal. Université de Fribourg. 1*997. [Em linha]. [Consult. 14 Dez. 2015]. Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1997_14.pdf

FONSECA, Anderson Freitas da – **O Combate à Corrupção soba a Perspectiva Internacional.** In Textos e Debates. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015]. Boa Vista, no. 19, 2011. p. 31-45. Disponível em http://revista.ufrr.br/index.php/textosedebates/article/viewFile/1185/960

HEINE, Günter – ***La Responsabilidad Penal de las Empresas: Evolución Internacional y Consecuencias Nacionales***. Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg. [Em linha]. [Consult. 13 Dez. 2015]. Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf

LEI Nº. 30/2015, de 22 de Abril – Procuradoria-Geral do Distrito de Lisboa. Ministério Público. [Em linha]. [Consult. 10 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2314&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

LEI No. 12.846, de 1º. de Agosto de 2013 – Presidência da República. [Em linha]. [Consult. 21 Dez. 2015]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm

LYRA JUNIOR, Richard Paes; RODRIGUES, Lincoln Almeida – **Direito Penal do Inimigo, esse desconhecido.** Instituto Jurídico Roberto Parentoni – IDECRIM. [Em linha]. [Consult. 13 Dez. 2015). Disponível em http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/127-direito-penal-do-inimigo-esse-desconhecido

Lei 54/2008, de 4 de Setembro - Procuradoria Geral-Distrital de Lisboa. Ministério Púlibco [Em linha]. [Consult. 9 Dez. 2015]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1367&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&

MACABU, Adilson Vieira rel. Min. – **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça nos EDel no RECURSO ESPECIAL No. 865.864 – PR (2006/0230607-6)**. [Em linha]. [Consul. 21 Dezembro 2015]. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099747&num_registro=200602306076&data=20120201&formato=PDF

MEIRELES, Mário Pedro – **A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas ou Entidades Equiparadas na Recente Alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: algumas notas.** Julgar *On Line*, no. 5 (maio-agosto), 2008. [Em linha]. [Consul. 15 Nov. 2015]. Disponível em https://sites.google.com/site/julgaronline/Home/numeros-publicados/julgar-05---maio-agosto---2008/Julgar005-M%C3%A1rioPedroMeireles-Responsabilidadepenaldaspessoascolectivas.pdf?attredirects=1

MOREIRA, Rômulo de Andrade - **O STF e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.** JusBrasil. [Em linha]. [Consult. 20 Dez. 2015]. Disponível em http://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938875/o-stf-e-a-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica

MORGADO, Maria José - Congresso da Justiça. **Corrupção: estrutura e significado,** 12.08.2003. [Em linha]. [Consult. 20 Dez. 2015]. Disponível em http://asficpj.org/temas/diversos/congressojust/morgado.pdf

PEREZ, Gabriel Nettuzzi – **A Pessoa Jurídica e a Quase Pessoa Jurídica**. [Em linha]. [Consult. 2 Nov. 2015]. Disponível em http://www.revistajustitia.com.br/revistas/xcd6x7.pdf

RESOLUÇÃO da Assembleia da República n.º 47/2007 - Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015] Disponível em https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2007/09/18300/0669706738.PDF

RESOLUÇÃO da Assembleia da República no. 68/2001- Gabinete de Documentação e Direito Comparado. [Em linha]. [Consult. 6 Dez. 2015]. Disponível emhttp://www.gddc.pt/siii/docs/rar32-2000.pdf

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva – ***La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal em las Sociedades Postindustriales.*** 2ª. ed., Madrid: Civitas. 2001. [Em linha]. [Consult. 14 Dez. 2015]. Disponível em http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho/LA_EXPANSION_DEL_DERECHO_PENAL_-_silva_sanchez__jes_s_m_-.pdf

TIEDEMANN, Klaus – ***Responsabilidad Penal de las Personas Juridicas****. Anuario de Derecho Penal. 1996, Université de Fribourg.* [Em linha]. [Consult. 14 Dez. 2015]. Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf

Transparência Internacional [Em linha]. [Consult. 11 Nov. 2016]. Disponível em http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/ue_ipc-2015.pdf

VENTURA, André – **Os milhões da corrupção**. Correio da Manhã. [Em linha] 14.12.2015. [Consult. 22 Dez. 2015]. Disponível em http://www.cmjornal.xl.pt/opiniao/colunistas/andre_ventura/detalhe/os_milhoes_da_corrupcao.html

VIEIRA, Ana Lívia Bonfim – **Algumas Considerações sobre Política e Corrupção na Grécia Antiga**. In SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 24, 2007, São Leopoldo, RS. Anais do XXIV Simpósio Nacional de História – História e multidisciplinaridade: territórios e deslocamentos. [Em linha]. [Consult. 4 Dez. 2015]. Disponível em http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S24.0671.pdf

WEBER, Rosa Min. Rel. – **Acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário no. 548.181 – PR**. Julgado em 06.08.2013. [Em linha]. [Consult. 21 Dez. 2015]. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=7087018&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20548181

Luciana Pacífico Sponquiado

Advogada e consultora jurídica na área empresarial, em especial: tributária e compliance; Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas (Brasil) e Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - RJ (Brasil); Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal)

O Seguro obrigatório do Revisor Oficial de Contas: garantias e funcionamento

Cláudia Sofia Luís Ribeiro de Carvalho
Jurista em empresa de seguros

RESUMO:
O estudo que está na base do presente trabalho tem como objetivo principal demonstrar a importância do contrato de seguro do revisor oficial de contas – definido pelo legislador como obrigatório –, face às funções desempenhadas por este profissional.

Desta forma, analisa-se o seu regime legal, apontam-se as particularidades do seguro do ROC e da apólice da OROC, destaca-se o âmbito de aplicação do contrato e as suas limitações e apresentam-se casos reais que levaram ao acionamento do mesmo.

Pretende-se, assim, explorar um tema pouco desenvolvido em Portugal e servir de ponto de partida para futuras reflexões, debates e propostas de trabalho.

Para a perceção da matéria em estudo nos diversos pontos deste trabalho, procedeu-se à análise tanto do regime do Código das Sociedades Comerciais, do Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, das Normas Regulamentares da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, da Lei do Contrato de Seguro, como Condições Contratuais aplicáveis.

O Seguro obrigatório do Revisor Oficial de Contas: garantias e funcionamento

Cláudia Sofia Luís Ribeiro de Carvalho
Jurista em empresa de seguros

Sumário: Introdução. 1. A obrigação legal de contratar. 2. O contrato de seguro da OROC. 3. O clausulado. 3.1. Objeto e garantias do contrato. 3.2. Declaração do risco inicial e superveniente. 3.3. Pagamento e alteração dos prémios. 3.4. Início de efeitos, duração e vicissitudes do contrato. 3.5. Prestação principal do segurador. 3.6. Obrigações e direitos das partes. 4. Casos práticos. Conclusão. Bibliografia.

Palavras-chave: Contrato de Seguro, Responsabilidade Civil Profissional, Revisor Oficial de Contas.

Classificações JEL: K12; K22

Glossário de Siglas: CCiv. – Código Civil; CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários; CPC – Código de Processo Civil; CSC – Código das Sociedades Comerciais; CVM – Código dos Valores Mobiliários; EOROC – Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas; ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões; LCS – Lei do Contrato de Seguro; OROC – Ordem dos Revisores Oficiais de Contas; ROC – Revisor Oficial de Contas; SROC – Sociedade de Revisores Oficiais de Contas; STJ – Supremo Tribunal de Justiça; RGAS – Regime Geral da Atividade Seguradora.

Introdução

O presente trabalho insere-se no âmbito do II Curso de Pós-Graduação em Direito dos Seguros e tem como tema: O Seguro obrigatório do Revisor Oficial de Contas: garantias e funcionamento.

A sua escolha prendeu-se com o facto de desenvolver a minha atividade profissional no ramo segurador, considerando importante o estudo do

contrato de seguro do ROC, face à escassez de trabalhos, manuais e jurisprudência que versem diretamente sobre ele.

Considero que este é um tema atual e cada vez mais importante, por um lado, pelos escândalos financeiros ocorridos nos últimos anos e que põem em causa a fiscalização das sociedades, por outro, pelo importante papel fiscalizador que o ROC assume em diversos momentos da vida das sociedades comerciais.

Numa economia cada vez mais global e em que se multiplicam os esforços para se criar um ambiente de maior transparência e credibilidade da informação financeira, o papel dos Revisores Oficiais de Contas tem vindo a ganhar uma nova dimensão e uma maior importância. Efetivamente, sem uma informação financeira credível e objetiva, o mercado de capitais não funciona com a segurança e eficiência necessárias.

Com a realização deste trabalho, é minha intenção adquirir novos conhecimentos, contribuir para o enriquecimento do Direito dos Seguros, inovando e construindo uma base de trabalho para futuras investigações.

Para a realização do mesmo, foi necessário consultar manuais de Direito Societário, Direito dos Seguros e Direito Civil, dissertações, artigos na internet, jurisprudência e fontes legais/ regulamentares/ contratuais.

Relativamente à matéria abordada ao longo do trabalho, apresenta-se de seguida uma explicação sumária.

No primeiro ponto realizar-se-á uma análise à obrigação legal do ROC em contratar o seguro e algumas particularidades do mesmo.

O segundo ponto contextualizará o contrato de seguro subscrito pela Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, enquadrável como seguro de grupo, para de seguida, já no terceiro ponto, se desenvolver uma análise detalhada do seu clausulado, imposto pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões.

Por fim, no ponto quatro, apresentaremos casos práticos em que o ROC entendeu acionar o seu contrato de seguro.

1. A obrigação legal de contratar

"O contrato de seguro é aquele em que uma das partes, o segurador, compensando segundo as leis da estatística um conjunto de riscos por ele assumidos, se obriga, mediante o pagamento de uma soma determinada, a, no caso de realização de um risco, indemnizar o segurado pelos prejuízos sofridos (...)".[1]

A atual Lei do Contrato de Seguro (LCS) – aprovada pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril – não apresenta uma definição de contrato de seguro. Contudo, é possível retirar do seu artigo 1.º a conclusão de que este é um acordo através do qual o segurador assume a cobertura de determinados riscos, comprometendo-se a satisfazer as indemnizações, a pagar o capital seguro ou a realizar uma prestação, em caso de ocorrência de sinistro, nos termos acordados, mediante o pagamento de um prémio. Por outro lado, o documento escrito que exprime um contrato de seguro designa-se por "apólice".[2]

Com efeito, importa, antes de mais, concretizar que a função do seguro não é a de eliminar o risco. Permite, outrossim, minorar as consequências da sua ocorrência, garantido uma compensação.

Quanto à sua natureza, os seguros encontram-se legalmente classificados pelo RGAS em seguros do ramo "Vida" e seguros dos ramos "Não Vida".[3]

[1] José Carlos Moitinho de Almeida, 1971: 23. A figura do seguro era já utilizada entre os mercadores no século XIV, datando o primeiro contrato de 1347, em Itália. Desde então, assistiu-se ao fenómeno da profissionalização do seguro, da sua regulamentação, proliferação e diversificação dos riscos cobertos. Para mais desenvolvimentos, v. Maria Elisabete Ramos, 2010: 22-28 e António Menezes Cordeiro, 2013: 726 e ss.

[2] Margarida Lima Rego, 2012: 15 e ss. Para a consulta de conceitos-chave, v. Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, 2015: 151 e ss.

[3] O seguro profissional do ROC é uma modalidade do ramo de responsabilidade civil geral – "Não Vida", de acordo com a alínea b), do n.º 13 do artigo 123.º do Decreto-Lei n.º 94.º-B/98, de 17 de abril (RGAS). A doutrina indica três áreas que se enquadram no conceito de "Outras" modalidades do ramo de responsabilidade civil geral, previsto na alínea b), do n.º 13, do artigo 123.º do RGAS: riscos da vida privada (ex.: seguro de responsabilidade civil do caçador ou de danos causados a terceiros por animais domésticos), riscos da atividade empresarial (ex.: seguro de responsabilidade civil de exploração) e riscos da atividade profissional (ex.: seguro de responsabilidade civil do ROC) – Neste sentido, Rita Ferreira da Silva, 2007: 141-147.

Para além disso, o seguro do ROC, preenchendo determinados requisitos legais, poderá ser considerado um seguro de "grandes riscos" (n.ºs 3 e 4 do artigo 2.º do RGAS), sendo-lhe aplicável diversas exceções no

Porém, a LCS adotou uma sistematização que diferencia o "Seguro de danos" e o "Seguro de pessoas", classificação criticada por alguns autores.[4]

Em matéria de contratação, os seguros podem ser obrigatórios (quando a respetiva celebração é exigida por lei) ou facultativos (quando é opção do tomador do seguro celebrá-lo ou não).

A responsabilidade civil do ROC, no exercício da sua atividade profissional – quer estejamos perante funções de interesse público ou de outras funções[5] – é obrigatoriamente garantida através de contrato de seguro (n.º 2 do artigo 418.º-A do CSC e artigo 73.º do EOROC).[6] [7]

âmbito da LCS. Veja-se, nomeadamente, os artigos 12.º/2, 13.º/2, 22.º/1, 34.º/1, 58.º, 112.º/4, 117.º/5 da LCS que permitem derrogações ou convenção das partes em contrário, nos seguros de grandes riscos, para obstar à aplicação do regime geral.

[4] Margarida Lima Rego, 2010: 194-197, considera que a correta divisão dos seguros deve fazer-se, não entre «seguros de danos» e «seguros de pessoas», mas sim entre «seguros de danos» e «seguros de capitais», acompanhando a doutrina alemã maioritária. Por outro lado, José Vasques, 2005: 37-40 e 145-151, distingue entre «seguros de prestações indemnizatórias» e «seguros de prestações convencionadas», adotando o modelo anglo-americano ou francês.

[5] Atualmente, o EOROC, nos seus artigos 40.º a 48.º, distingue as funções do ROC entre as de "interesse público" e as "outras". Nas funções de interesse público, constituem competências exclusivas do ROC: i) A atividade de auditoria, a qual abrange os exames e outros serviços relacionados com as contas da sociedade, efetuados de acordo com as normas de auditoria em vigor, e inclui a revisão legal de contas, a auditoria às contas e os serviços relacionados, quando tenham uma finalidade ou um âmbito específicos ou limitados; ii) O exercício de quaisquer outras funções que por lei exijam a sua intervenção própria e autónoma sobre determinados atos ou factos patrimoniais de empresas ou de outras entidades (nomeadamente, as funções previstas nos artigos 25.º, n.º 1, 28.º, 99.º, 288.º, n.º 2 do CSC); iii) Outras funções de interesse público que a lei lhes atribua, tais como a assistência ao sócio na consulta de informação, prevista nos artigos 181.º/3, 214.º/4 e 288.º/3 do CSC. Por outro lado, já fora do âmbito das funções de interesse público e segundo o artigo 48.º do EOROC, constituem também funções dos ROC o exercício de outras atividades (por exemplo, a consultoria e docência).

[6] O primeiro EOROC a prever a obrigatoriedade de seguro foi o de 1979 (através do Decreto-Lei n.º 519-L2/79, de 29 de dezembro).O Decreto-Lei n.º 76.º-A/2006, de 29 de março, que transpôs as Diretivas Europeias, aditou ao CSC, entre outros, o artigo 418.º-A. A reforma societária que se verificou ao nível da União Europeia surge como reação aos escândalos financeiros ocorridos e na tentativa de reforço da confiança dos agentes económicos. Na maioria dos Estados-Membros a contratação de um seguro de responsabilidade civil pelos auditores é já imposta por lei (Áustria, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Itália, Holanda, Portugal, Espanha, Suécia), ou por normas de autorregulação das associações representativas dos auditores (Bélgica, Irlanda, Reino Unido), conforme os dados do *The Study on Systems of Civil Liability*, de janeiro de 2001.

[7] À semelhança do que ocorre com outras profissões, nomeadamente os técnicos oficiais de contas e os advogados, que se encontram obrigados à contratação de um seguro de responsabilidade civil profissional (artigos 52.º, n.º 4, e 97.º do Estatuto da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas; artigo 99.º do Estatuto da Ordem dos Advogados).

No caso do contrato de seguro não ser celebrado com a intervenção da OROC, devem os ROC comunicar-lhe a sua celebração no prazo de 15 dias a contar da realização do contrato (n.º 4 do artigo 73.º do EOROC). Os ROC deverão, ainda, comunicar à OROC, no prazo de 30 dias em relação à data do efeito, qualquer modificação nas suas responsabilidades contratuais, resultantes ou não da suspensão, anulação ou alteração do contrato, remetendo sempre cópia das atas adicionais emitidas pelo Segurador (n.º 5 do artigo 73.º do EOROC). De acordo com o n.º 6 deste mesmo artigo, o incumprimento destes dois deveres de comunicação constitui fundamento para a instauração de procedimento disciplinar.

Tratando-se de uma exigência legal, o seguro do ROC não pode ser dispensado em caso algum, sendo condição para o exercício da atividade, conforme prevê o n.º 7 do artigo 73.º do EOROC: "não poderão ser ou manter-se inscritos na lista de revisores oficiais de contas os que não tiverem a sua responsabilidade coberta pelo seguro". Os revisores que, não tendo a atividade juridicamente suspensa, mesmo que não realizem qualquer atividade estão obrigados à contratação de seguro.[8]

De acordo com o n.º 7 do artigo 81.º do EOROC, "aos factos que importarem a violação do artigo 73.º será aplicada a pena de suspensão por um ano e em caso de reincidência a pena aplicável será a de expulsão.".

Quando inserido numa SROC, enquanto sócio da mesma, dispõe o artigo 113.º, n.º 2 que a responsabilidade civil do sócio deve ser garantida por seguro, nos termos contemplados no EOROC. Referindo, ainda, o n.º 3 que o seguro que tenha sido efetuado pessoalmente pelo sócio deverá ser transferido para a SROC.

O contrato de seguro e o instituto da responsabilidade civil existiram, durante muito tempo, em mundos paralelos, acabando por convergir, por um lado, porque o contrato de seguro passou da cobertura exclusiva de atos fortuitos para a cobertura da culpa, por outro lado, porque a responsabilidade

[8] Assim, ao contrário do que a lei dispõe para os membros do conselho fiscal e administradores, a contratação do seguro não poderá ser substituída por caução (arts. 396.º e 418.º-A do CSC). Os revisores sem atividade efetiva têm um prémio de seguro reduzido, sendo que, logo que essa condição se altere têm que comunicar à OROC, no prazo máximo de 15 dias, o início da atividade.

civil evolui da culpa para o risco. O seguro de responsabilidade civil chegou a ser apontado como ilícito (enquanto convenção de exoneração de responsabilidades), imoral (afirmando-se que o agente transformava o risco de indemnização no custo do seguro) e perverso (entendendo-se que estimulava o desleixo e imprudência dos segurados), sendo, por isso, ignorado pelos códigos comerciais oitocentistas.

Atualmente, a LCS regula na Secção I, do Capítulo II, do Título II "Seguro de danos", o seguro de responsabilidade civil, contendo disposições do "Regime comum" (artigos 137.º a 145.º) e "Disposições especiais de seguro obrigatório" (artigos 146.º a 148.º).

Assim, o seguro de responsabilidade civil – em que, de acordo com o artigo 137.º da LCS, o segurador cobre o risco de surgir na esfera jurídica do segurado uma obrigação de indemnizar terceiros por danos por si causados – enquadra-se no seguro de danos (seguros que cobrem riscos relativos a coisas, bens imateriais, créditos e outros direitos patrimoniais).

A constituição de uma obrigação de indemnizar implica, para o património do segurado, um dano (a sua diminuição): por isto, o seguro de responsabilidade civil pretende salvaguardar o interesse do segurado no seu próprio património.

RITA FERREIRA DA SILVA[9] vê no contrato de seguro de responsabilidade civil um duplo objetivo: por um lado, proteger o património do responsável civil, por outro, proteger os interesses do terceiro lesado que verá os danos causados ressarcidos pela empresa de seguros – atribuindo um carácter social a este ramo de seguro.

Com efeito, o segurado transfere para a esfera jurídica do segurador o risco de vir a ser civilmente responsável, o que não implica que passe a ser o segurador a pessoa civilmente responsável: as consequências pecuniárias dos danos provocados pelo segurado é que passam para a esfera jurídica da seguradora.

[9] Rita Ferreira da Silva, 2007: 104-105.

Como facilmente se compreende, o contrato de seguro de responsabilidade civil é um contrato de natureza pessoal, não se transmitindo o contrato de seguro entre sujeitos.

Os "terceiros" (credores da indemnização, porque lesados pela conduta do segurado), serão todos aqueles que não sejam parte no contrato de seguro. Os contratos excluem igualmente terceiros que tenham relações de parentesco, relações societárias, dependência económica, etc.

O contrato de seguro do ROC, apresenta algumas particularidades que valerá a pena discutir:

I) Deve ter como capital mínimo 500 000 € por cada facto ilícito, feito a favor de terceiros lesados. No que respeita às SROC, a sua responsabilidade civil deve ser garantida por seguro, com limite mínimo de 500 000 € vezes o número de sócios revisores e de revisores oficiais de contas que estejam nas condições do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 49.º do EOROC, por cada facto ilícito, feito a favor de terceiros lesados. Estes limites mínimos podem ser aumentados caso o ROC ou SROC estejam obrigados a subscrever um seguro de valor superior por força de outras disposições legais (artigo 73.º, n.º 3 do EOROC), como é o caso do ROC ou SROC encontrarem-se registados como auditores na CMVM, em que, de acordo com a alínea c) do artigo 6.º do Regulamento da CMVM n.º 1/2014, devem ter contratado um seguro de responsabilidade civil profissional de montante não inferior a 2 500 000 €.

O montante de capital mínimo indicado revela-se desajustado ao mercado segurador nacional que se vê obrigado a recorrer ao regime do cosseguro e/ou resseguro[10]. Tal diminui a concorrência, uma vez que os seguradores que disponibilizam este produto fazem-no de forma concertada com os restantes membros do cosseguro ou segundo as imposições do

[10] A figura do cosseguro encontra-se regulada nos artigos 62.º e ss. da LCS e a do resseguro nos artigos 72.º e ss. da LCS. Tanto o cosseguro como o resseguro são formas de mitigação de riscos ao dispor dos seguradores. No primeiro existe uma distribuição horizontal do risco entre os vários seguradores que se encontram em relação direta com o tomador; no segundo a distribuição do risco é vertical, já que o segurador que assumiu a cobertura do risco o cede para outra empresa de seguros ou a uma empresa de resseguros, não resultando para o tomador uma relação direta com os resseguradores.

ressegurador[11], o que deixa aos ROC pouca margem de manobra quanto a condições, preços, etc.

Através da análise ao *site* da ASF[12], verificamos que, numa amostragem de 15 seguradores, 8 têm registadas as condições do seguro do ROC e 7 não o têm. Porém, na verdade, não podemos afirmar que em Portugal haja um mercado concorrencial de seguros de responsabilidade civil do ROC, pois que a maioria (senão mesmo a totalidade) dos ROC preferem aderir à apólice de grupo da OROC.

II) Veja-se, ainda, o n.º 1 do artigo 418.º-A do CSC que dispõe que a responsabilidade de cada membro do conselho fiscal deve ser garantida através de caução ou de contrato de seguro, aplicando-se, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 396.º do CSC (aplicável também aos administradores). Ora, este último artigo determina o montante mínimo de seguro de 250 000 € (para sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado ou sociedades que cumpram os critérios da alínea a), n.º 2 do artigo 413.º do CSC) ou 50 000 € (para as restantes sociedades). Existe, de facto, uma enorme diferença entre o capital mínimo de seguro exigido ao ROC, em comparação com o exigido aos membros do conselho fiscal e até aos administradores. Contudo, o elevado capital mínimo exigido compreende-se tendo em conta as funções de interesse público que o ROC exerce e a credibilidade que é imputada aos seus atos (veja-se, por exemplo, que a certificação legal de contas, bem como a declaração de impossibilidade de certificação legal, são dotadas de fé publica, só podendo ser impugnadas por via judicial quando arguidas de falsidade – artigo 44.º, n.º 7 do EOROC).

III) Atualmente, o EOROC não define limites máximos de capital seguro. Por isso, é de aplaudir a Proposta de Lei n.º 292/XII (proposta de alteração ao

[11] Neste tipo de seguro, os seguradores ficam totalmente dependentes do resseguradores. Com o recente escândalo financeiro ocorrido em Portugal (colapso do Banco Espírito Santo) e as alegadas irregularidades na conduta dos seus auditores/SROC, o mercado ressegurador tende a fechar a porta à contratação de novas apólices, tornando-se mais difícil a obtenção de uma cotação junto do ressegurador para a inclusão de um novo segurado.

[12] Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, disponível em www.asf.com.pt [consultado em 31-07-2014].

EOROC) prevendo o n.º 3 no artigo 77.º: "No que respeita às sociedades de revisores, o valor da cobertura do respetivo seguro de responsabilidade civil não pode, em caso algum, ser inferior a € 1 000 000 por cada facto ilícito, não sendo exigível um valor de cobertura superior a € 10 000 000 por cada facto ilícito".

IV) A ausência de uma norma expressa que defina o âmbito da responsabilidade do ROC perante terceiros dificulta a avaliação e gestão do risco e sinistralidade por parte dos seguradores, levando à aplicação de prémios mais elevados.

V) Tanto o legislador, como a ASF, preferiram não fixar limites máximos e mínimos de franquia. A determinação de limites máximos e mínimos da franquia permitiria que: *i)* parte do pedido fosse efetivamente pago pelo ROC (mantendo o efeito dissuasor da responsabilidade civil); *ii)* o montante pago fosse proporcional ao pedido (assegurando a correlação entre as consequências da conduta negligente e o montante pago); *iii)* os ROC não negociassem elevadas franquias em troca da redução dos prémios de seguro.[13]

VI) Os encargos com o contrato de seguro não podem ser financiados pela Sociedade a quem o ROC presta os serviços.

No discurso de abertura do IX Congresso dos ROC, ANTÓNIO GONÇALVES MONTEIRO[14] (na altura Bastonário da OROC), considerando o atual regime desadequado e injusto, refere ser fundamental assegurar que, para cada revisor ou sociedade de revisores, exista uma adequada relação entre o valor dos honorários faturados, o valor do capital seguro, os riscos cobertos e o respetivo prémio.

[13] Ao nível europeu constata-se que, perante a existência de seguro de responsabilidade civil, os tribunais tendem a condenar os auditores no montante máximo seguro, acrescido de um montante adicional destinado a garantir a punição do auditor pela sua conduta.

Na UE, os Estados-membros implementaram diferentes métodos para calcular o montante máximo da franquia. Na Alemanha, a franquia é calculada por referência à cobertura mínima do seguro; em França calcula-se por referência ao valor do pedido na ação; no Reino Unido tem-se em conta a dimensão da sociedade auditada.

[14] António Gonçalves Monteiro, 2006.

2. O contrato de seguro da OROC

O contrato de seguro de responsabilidade civil profissional subscrito pela OROC define-se como um seguro de grupo.[15]

O contrato de seguro de grupo (por contraposição ao individual) cobre riscos de um conjunto de pessoas ligadas ao tomador do seguro por um vínculo que não seja o de segurar (artigo 76.º e ss da LCS). Com efeito, o tomador celebra o contrato por conta de várias pessoas (os segurados), que, embora não sejam partes no contrato, são eles os sujeitos dos riscos cobertos pelo seguro. De notar que, só serão verdadeiros seguros de grupo os que cobrirem riscos da mesma natureza dos membros do grupo, exigindo-se igualmente uma perfeita separabilidade dos riscos cobertos relativamente a cada um dos segurados.

Neste caso em concreto, é tomador do seguro a OROC e segurados os ROC e SROC que se encontrem inscritos na Ordem e pretendam aderir a este contrato.

Com efeito, é a OROC que negoceia, celebra e cessa[16] o contrato de seguro com o segurador, restando aos vários ROC e SROC a possibilidade de aderirem ao mesmo. Caberá, assim, à OROC prestar aos segurados as informações contratuais (coberturas, exclusões, direitos e obrigações em caso de sinistro, alterações ao contrato, etc.), devendo o segurador fornecer, a pedido dos segurados, todas as informações necessárias para a efetiva compreensão do contrato.

O seguro de grupo poderá ser contributivo (quando do contrato resulta que os segurados suportam, no todo ou em parte, o pagamento do prémio devido pelo tomador) ou não contributivo – artigo 77.º da LCS. O regime-

[15] Para maior desenvolvimento, Paula Ribeiro Alves, 2007; Margarida Lima Rego, 2012: 299 e ss. e Margarida Lima Rego, 2010: a autora considera, nomeadamente, que "os verdadeiros seguros de grupo são, tipicamente, ainda que não necessariamente, verdadeiros contratos a favor de terceiros.".

[16] Em caso de cessação do contrato de seguro de grupo, o segurado tem direito à manutenção da cobertura de que beneficiava, quando e nas condições em que o contrato o preveja (artigo 85.º da LCS). Pelo contrário, a denúncia do contrato exercida por um segurado, não afeta a eficácia do contrato nem a cobertura dos restantes segurados (n.º 2 do artigo 82.º da LCS). Na matéria da cessação do contrato e adesão nos seguros de grupo, v. Francisco Luís Alves, 2013: 112-122.

regra previsto no artigo 80.º é o de que a obrigação de pagamento do prémio impende sobre o tomador do seguro, partindo a lei do pressuposto que o normal será o pagamento pelos segurados ao tomador e, posteriormente, do tomador ao segurador. As consequências da falta de pagamento do prémio por parte do tomador do seguro são as gerais (artigos 59.º e 61.º da LCS), sendo que no seguro contributivo em que o segurado deva pagar o prémio diretamente ao segurador, aquele regime é apenas aplicável à cobertura do segurado.

No seguro da OROC, o prémio anual é pago pelos diversos revisores aderentes (os segurados) à OROC, que fica encarregue de entregar a respetiva quantia ao segurador.

O seguro de responsabilidade civil profissional da OROC apresenta, ainda, outra particularidade: a distribuição do risco através da celebração de diversos contratos.

Com efeito, a OROC celebrou para o ano de 2015 dois contratos em regime de cosseguro e outro contrato em regime de resseguro.

Nos dois primeiros, em que são aderentes a generalidade dos revisores e das sociedades de revisores, existe uma assunção conjunta do risco por várias empresas de seguros (cosseguradoras), de entre as quais uma é líder. A apólice é única (emitida pela líder e assinada por todas as cosseguradoras) e o prémio é global.

A líder faz a gestão corrente do contrato, em nome das demais cosseguradoras, competindo-lhe nomeadamente receber a declaração de risco inicial e superveniente do tomador, fazer a análise do risco e estabelecer as condições do seguro, cobrar os prémios e emitir os recibos, receber as participações de sinistros e proceder à sua regularização.

A responsabilidade de cada um dos Seguradores é própria e independente, determinando-se de acordo com a sua percentagem de participação, pelo que, em caso de sinistro, cada um fica obrigado a pagar uma indemnização apenas em proporção da sua participação respetiva, não sendo responsável pela participação do segurador que incumpra, no todo ou

em parte, as suas obrigações. Os seguradores não respondem solidariamente pelo cumprimento das obrigações que assumem na apólice.

Já no terceiro contrato, em que são aderentes seis SROC (as que, pela sua dimensão societária, comportam maior risco), o risco é assumido em regime de *fronting.*

O *fronting* é uma forma de celebração do contrato de resseguro, em que o segurador (no caso nacional) aceita a cobertura do risco do segurado mas transfere-o na totalidade para o ressegurador (que no caso particular é estrangeiro), ficando a receber uma comissão sobre o valor do prémio que entrega ao ressegurador.

O segurador emite a apólice, recebe os prémios do tomador e em caso de sinistro é o responsável pela gestão do processo e emissão da indemnização ao lesado (apesar do ressegurador lhe adiantar as verbas), isto porque, perante o tomador e terceiros, é o segurador o responsável pela assunção do risco e não o ressegurador (veja-se o artigo 75.º da LCS).

3.O clausulado

Determina o n.º 8 do artigo 73.º do EOROC que as condições do seguro constarão de apólice única, podendo esta desdobrar-se em certificados específicos consoante as finalidades das coberturas de risco, a aprovar por norma da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF).

A ASF, enquanto autoridade nacional responsável pela regulação e supervisão (prudencial e comportamental) da atividade seguradora, resseguradora, de fundos de pensões e de mediação de seguros, pode impor o uso de cláusulas ou apólices uniformes para os ramos ou modalidades de seguros obrigatórios (n.º 5 do artigo 129.º do Decreto-Lei n.º 94.º-B/98, de 17 de abril). A apólice uniforme é, então, um conjunto de cláusulas contratuais aprovadas pela ASF para determinados seguros obrigatórios, que devem ser respeitadas pelos seguradores na cobertura do risco em causa.

A apólice uniforme de seguros obrigatórios de responsabilidade civil que se encontra atualmente em vigor e em conformidade com o novo Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril, é a fixada pela Norma Regulamentar da ASF n.º 4/2009-R, de 19 de março.

Esta Norma rege uma panóplia de seguros obrigatórios, nomeadamente o do ROC (alínea g) do n.º 2 do artigo 1.º), revogando, assim, a anterior apólice uniforme específica do ROC, aprovada pela Norma Regulamentar n.º 4/96-R, de 1 de fevereiro (nesse sentido, veja-se a alínea g) do artigo 5.º).

Segundo o seu artigo 7.º, a Norma Regulamentar n.º 4/2009-R aplica-se aos contratos de seguro celebrados a partir de 04-05-2009 e aos contratos de seguro vigentes desde a primeira renovação que ocorra a partir dessa data.

Em anexo à Norma Regulamentar, é publicada a "parte uniforme geral das apólices de seguro obrigatório de responsabilidade civil", que os seguradores se encontram obrigados a adotar, devendo preencher os espaços em branco para cada situação específica, tendo em conta a legislação/regulamentação aplicável.

Como em tantos outros, também no seguro do ROC se assiste, na prática, ao recurso por parte dos seguradores à Norma Regulamentar da ASF n.º 4/96-R, de 1 de fevereiro, que regulava especificamente e tão-só a apólice uniforme do seguro de responsabilidade civil do revisor oficial de contas, para preencherem esses mesmos espaços deixados em branco na atual Norma Regulamentar de 2009. Esta prática é aceite pela ASF aquando do pedido de registo das condições gerais pelos seguradores (o registo das condições gerais dos seguros obrigatórios junto do órgão de supervisão é uma imposição legal prevista no n.º 1 do artigo 129.º do Decreto-Lei n.º 94.º-B/98, de 17 de abril).

Para além disso, os seguradores adotam, ainda, nos seus clausulados as diversas exclusões previstas no artigo 5.º da Norma Regulamentar n.º 4/96-R ou outras exclusões livremente determinadas pelo segurador, bem como os diversos fundamentos para o direito de regresso constantes no artigo 21.º da Norma revogada – práticas igualmente aceites pela ASF, parecendo-nos que a sua aceitação varia de pedido para pedido e altera-se ao longo dos anos

consoante os Entendimentos que o órgão de supervisão vai emitindo, o que não contribui para a uniformização do mercado segurador.

Tendo, então, como base do nosso estudo a Norma Regulamentar n.º 4/2009-R e um exemplar de umas condições contratuais comercializadas por um segurador, destacaremos de seguida as cláusulas deste contrato de adesão que consideramos mais relevantes para o presente trabalho.

De referir que, na matéria do clausulado, pretendendo o legislador nacional proteger a parte contratual mais débil, o n.º 3 do artigo 37.º da LCS determina que a apólice deve incluir, escritas em caracteres destacados e de maior dimensão do que os restantes:

a) As cláusulas que estabeleçam causas de invalidade, de prorrogação, de suspensão ou de cessação do contrato por iniciativa de qualquer das partes;

b) As cláusulas que estabeleçam o âmbito das coberturas, designadamente a sua exclusão ou limitação;

c) As cláusulas que imponham ao tomador do seguro ou ao beneficiário deveres de aviso dependentes de prazo.

Esta disposição é imperativa relativa para os seguros de massa (podendo ser afastada em sentido mais favorável ao tomador) e supletiva para os seguros de grandes riscos, segundo o n.º 1 do artigo 13.º da LCS.

3.1. Objeto e garantias do contrato

O contrato de seguro do ROC destina-se a cumprir a obrigação de seguro de responsabilidade civil profissional emergente da atividade do segurado, na sua qualidade de ROC, prevista na legislação específica (neste caso, nos artigos 73.º e 113.º, n.º 2 do EOROC, n.º 2 do artigo 418.º-A do CSC e artigo 10.º do CVM).

O contrato cobre, até ao limite do capital fixado nas Condições Particulares, as indemnizações que possam legalmente recair sobre o segurado, por responsabilidade civil resultante de danos patrimoniais

causados a clientes e/ou terceiros, desde que resultem de atos ou omissões cometidos exclusivamente durante o exercício da profissão de ROC (no âmbito das suas funções de interesse público ou das outras funções), ou no desempenho da função de órgão fiscalizador, de harmonia com a legislação em vigor.[17] As Condições Particulares podem, ainda, prever uma cobertura adicional com um limite máximo de indemnização de valor inferior ao geral, garantindo, por exemplo, a perda, dano ou extravio de documentos de clientes.

[17] Para que o ROC se constitua na obrigação de indemnizar é necessário, para além dos restantes requisitos previstos no artigo 473.º do CCiv, que ocorra uma desconformidade entre a sua conduta e aquela que normativamente lhe é exigível (nomeadamente, pela lei comercial, fiscal, estatutos da sociedade ou EOROC). Tem vido a apontar-se como fundamentos para a responsabilização do ROC:

- A revisão/certificação de contas não respeitar as normas fundamentais da auditoria (*legis artis*), denominada "falha de auditoria". Neste âmbito, as demonstrações financeiras podem apresentar uma situação patrimonial/financeira da sociedade mais favorável do que a real (pretendendo-se com isto iludir um eventual investidor, mostrar resultados aos sócios, agradar a credores, enganar financiadores e/ou influenciar a cotação das ações da sociedade) ou, pelo contrário, mais desfavorável do que a real (por razões fiscais);

- A não deteção de fraudes e desconformidades;

- A não previsão de factos negativos, tais como a insolvência da empresa.

Para o estudo da temática da responsabilidade civil do ROC, v. Gabriela Figueiredo Dias, 2006a; Daniel Taborda, 2006; Carlos Silva e Cunha, 2000; Tiago Estêvão Marques, 2009; José Ferreira Gomes, 2008; Gabriela Figueiredo Dias, 2006b; João Calvão da Silva, 2006; Manuel A. Carneiro da Frada, 2004; Jorge Coutinho de Abreu, 2010a (em especial, a anotação ao artigo 82.º do CSC); Acórdão do STJ de 05-10-2012, Processo n.º 39/94.3JAAVR.L1.S1, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5334ae7968ed89fc80257a8c004eb1be?OpenDocument [consultado em 03-09-2014]. No EOROC, v. artigos 73.º, n.º 1, 113.º, n.º 1, e 114.º, n.ºs 1 e 2, que preveem a responsabilidade civil do ROC, dos sócios e das SROC.

Ao contrário de outros profissionais, para os quais o sistema português já consagrou cláusulas de limitação da responsabilidade (v. artigo 99.º, n.º 2 do Estatuto da Ordem dos Advogados), e do que ocorre em outras legislações estrangeiras e do disposto na Recomendação da Comissão Europeia de 5 de junho de 2008 relativa à limitação da responsabilidade civil dos ROC e das SROC, em Portugal, não existem cláusulas de limitação da responsabilidade do ROC. A existência de cláusulas de limitação da responsabilidade do ROC é benéfica para a sociedade fiscalizada – a responsabilidade ilimitada será refletida no prémio de seguro, que por sua vez irá ser projetada nos custos de auditoria – e para o ROC, já que a responsabilidade ilimitada torna a sua atividade numa atividade de elevado risco e dificulta a negociação dos contratos de seguro.

Para o estudo da temática das cláusulas de limitação de responsabilidade, v. José Ferreira Gomes, 2008: 416-417.

Desta forma, aplaudimos a proposta de alteração ao EOROC (Proposta de Lei n.º 292/XII), que adita o artigo 105.º, sob a epígrafe "Responsabilidade civil dos revisores oficiais de contas": *1 – No exercício das funções de interesse público, os revisores oficiais de contas respondem perante as entidades às quais prestem serviços ou perante terceiros, nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais e em idênticas disposições legais relativas às demais empresas ou outras entidades, pelos danos que culposamente lhes causem. 2 – Fora do âmbito previsto no número anterior os revisores oficiais de contas podem limitar a respetiva responsabilidade nos termos e condições previstos na lei civil.*

Nos seguros obrigatórios de responsabilidade civil, a LCS no seu artigo 148.º prevê a cobertura de atos ou omissões dolosos caso a lei ou regulamento especiais não prevejam expressamente o contrário (como é o caso do seguro do ROC). Contudo, os seguradores nacionais deparam-se com uma dificuldade: nenhum Tratado de Resseguro cobrirá o dolo (na verdade, o conceito de sinistro, enquanto evento aleatório, fortuito, independente da vontade do segurado, é incompatível com uma situação de dolo). Portanto, ocorrendo um sinistro em que tenha havido dolo na conduta do ROC, os seguradores nacionais assumem a indemnização a que haja lugar por sua conta e risco.

No que respeita a exclusões, das Condições Gerais analisadas, o segurador não cobre determinados riscos:

a) Os acidentes devidos a atos de guerra, insurreição e terrorismo[18];

b) Os pagamentos devidos a título de responsabilidade criminal, contraordenacional ou disciplinar[19];

c) Os danos causados aos sócios, gerentes e legais representantes da entidade cuja responsabilidade se garanta[20];

d) Os danos causados a qualquer pessoa cuja responsabilidade esteja garantida pelo contrato de seguro, bem como ao cônjuge, ascendentes e descendentes ou pessoas que com eles coabitem ou vivam a seu cargo[21];

e) As reclamações baseadas numa responsabilidade do segurado, resultantes de acordo ou contrato particular, na medida em que a mesma exceda a responsabilidade legal do segurado garantida pelo contrato de seguro[22];

---

[18] Conforme a alínea a) do artigo 5.º da Norma Regulamentar n.º 4/2009-R, de 19 de março.

[19] Conforme a alínea b) do artigo 5.º da Norma Regulamentar n.º 4/2009-R, de 19 de março, dando cumprimento à proibição prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 14.º da LCS. O EOROC prevê nas suas disposições a responsabilidade disciplinar (arts. 80.º a 91.º) e a responsabilidade penal (arts. 92.º e 93.º), para além da responsabilidade civil.

[20] Veja-se a alínea a) do artigo 5.º da Norma Regulamentar n.º 4/96-R, de 1 de fevereiro.

[21] Veja-se a alínea b) do artigo 5.º da Norma Regulamentar n.º 4/96-R, de 1 de fevereiro.

[22] Nesse sentido, a alínea c) do artigo 5.º da Norma Regulamentar n.º 4/96-R, de 1 de fevereiro.

f) A responsabilidade por danos decorrentes da impossibilidade de cumprimento de deveres contratuais ou quaisquer obrigações legais por facto de força maior não imputável ao segurado;

g) A responsabilidade por prejuízos resultantes do exercício da profissão de ROC para a qual o Segurado não tenha as habilitações próprias, inscrições ou qualificações formais que são legalmente exigíveis[23];

h) A responsabilidade pelo pagamento de coimas, multas ou taxas de qualquer natureza[24].

Para além destas, podem as Condições Particulares prever outras exclusões para o concreto tomador do seguro, p. ex.: não garantirem os danos resultantes de atos ou omissões praticados em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes, os danos resultantes de responsabilidade como membro do conselho fiscal, em qualidade que não a de ROC, conforme previsto no artigo 418.º-A do CSC, os danos resultantes de atos praticados pelos segurados após a sua suspensão ou expulsão da OROC.

Quanto ao âmbito territorial e temporal do contrato de seguro de responsabilidade civil do ROC, este produzirá efeitos em relação a acidentes ocorridos nos territórios para os quais é válida a licença do segurado para o exercício da sua atividade, conforme expresso nas Condições Particulares[25], e cobrirá a responsabilidade civil por acidentes ocorridos durante a vigência do contrato. Veja-se que, nas Condições Particulares, pode o segurador restringir ou ampliar o âmbito territorial e temporal previsto nas Condições Gerais para o concreto tomador do seguro. São exemplos disso: a extensão do âmbito territorial "(...) estão ainda garantidos, de acordo com a legislação portuguesa e perante os tribunais portugueses, os atos geradores de responsabilidade, decorrentes da atividade desenvolvida em países estrangeiros, quando estes visem satisfazer a consolidação de informação

[23] Nesse sentido, a alínea d) do artigo 5.º da Norma Regulamentar n.º 4/96-R, de 1 de fevereiro.

[24] Conforme a alínea e) do artigo 5.º da Norma Regulamentar n.º 4/96-R, de 1 de fevereiro.

[25] Relativamente à competência territorial, o ROC exerce a sua atividade em todo o território nacional, podendo, também, exercê-la nos territórios dos demais Estados, nos termos estabelecidos pelas respetivas legislações (artigo 51.º do EOROC).

relativa a um serviço a prestar para um cliente de direito português."; a cobertura retroativa "A presente apólice garante ainda as reclamações que tendo sido apresentadas pela primeira vez ao segurado e ao segurador, tenham ocorrido no período de 5 anos anteriores à data da reclamação ao segurador, exclusivamente se esta reclamação estiver excluída do âmbito temporal da apólice anterior."; ou, pelo contrário, a cobertura posterior "Em caso de resolução da apólice por parte da OROC, a garantia será extensiva às reclamações apresentadas até 24 meses após a data da resolução, para atos cometidos durante a vigência da Apólice, desde que entre a data da ocorrência e da participação à seguradora não tenham decorrido mais de 5 (cinco) anos e o ROC, à data da ocorrência, fosse segurado da apólice ou abrangido pela cobertura retroativa referida no parágrafo anterior.".[26]

3.2. Declaração do risco inicial e superveniente[27]

Como facilmente se compreenderá, o ROC sabe mais sobre o seu risco de responsabilidade civil do que o segurador. Esta assimetria informativa poderá contribuir para a seleção de "maus segurados", o que implicará consequências nefastas para o mercado. Posto isto, a solução mais eficiente é a de impor ao

[26] Podemos elencar as seguintes cláusulas de delimitação temporal da cobertura do seguro: a) *Act committed basis*, em que a ação geradora de responsabilidade teve lugar durante a vigência do contrato de seguro, mantendo-se a cobertura, independentemente da data em que ocorreu o dano ocorreu ou a reclamação teve lugar; b) *Loss occurence basis*, na qual a manifestação do dano deve ocorrer durante a vigência do contrato, mantendo-se a cobertura quando a ação geradora de responsabilidade é anterior à vigência do contrato e a reclamação é posterior à cessação do contrato; c) *Claims made basis*, em que a reclamação do terceiro lesado tem de acontecer durante a vigência do contrato, sendo irrelevante quando foi praticada a ação geradora de responsabilidade ou se manifestou o dano. As chamadas cláusulas "claims made" são bastante controversas, uma vez que poderão provocar vazios temporais de cobertura e até propiciar fraudes; não obstante, favorecem uma extensão de garantia a favor do segurado e permitem ao segurador um melhor cálculo de provisões e reservas financeiras para o risco que cobre. Tanto a cobertura posterior como a cobertura retroativa, previstas nas Condições Particulares acima indicadas são exemplos de cláusulas "claims made". O artigo 139.º da LCS assenta no regime base "occurrence basis", admitindo cláusulas de "claims made". A aceitação destas cláusulas determina a obrigação de cobertura do risco subsequente (ou risco de posterioridade) relativo às reclamações apresentadas no ano seguinte ao da cessação do contrato, desde que o risco não esteja coberto por contrato de seguro subsequente. Este prazo de um ano, contado do termo do contrato, não é um prazo de prescrição do direito do lesado, tratando-se apenas de uma delimitação temporal da responsabilidade do segurador, subsistindo para além dele o direito do lesado contra o causador dos danos, nos termos previstos na lei civil.

[27] Para maior desenvolvimento sobre o tema, Luís Poças, 2013; António Moreira e Manuel da Costa Martins, 2001: 75-113.

tomador do seguro que partilhe toda a informação com o segurador e que assuma as consequências do seu incumprimento. Assim, poderá o segurador distinguir categorias de risco, poupar custos de controlo da informação prestada e praticar prémios mais baixos, beneficiando o mercado em geral. Conforme refere JOANA GALVÃO TELES[28], "por «declaração do risco» (...) entende-se o conjunto de informações que devem ser unilateralmente prestadas pelo tomador de seguro ou pelo segurado ao segurador na proposta de seguro, as quais visam permitir que o último, mediante o cálculo exato do risco e do correspondente valor do prémio e a apreciação das restantes cláusulas contratuais, decida aceitar ou recusar tal proposta".

Em conformidade com o disposto no artigo 24.º da LCS[29], o clausulado do contrato de seguro do ROC dispõe que o tomador do seguro ou o segurado está obrigado, antes da celebração do contrato, a declarar com exatidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador, ainda que as mesmas não sejam solicitadas em questionário eventualmente fornecido pelo segurador para o efeito, adotando o legislador português o modelo do "questionário aberto"[30].

Com efeito, o segurador que tenha aceite o contrato não pode prevalecer-se:

a) Da omissão de resposta a pergunta do questionário, de resposta imprecisa a questão formulada em termos demasiado genéricos, de incoerência ou contradição evidente nas respostas ao questionário. Note-se que, nestes três casos, o segurador atuou com negligência grosseira na celebração do contrato;

b) De facto que o seu representante, aquando da celebração do contrato, saiba ser inexato ou, tendo sido omitido, conheça. Aqui, o tomador pretende obter do segurador uma vantagem indevida através do seu representante, por

[28] *in* Margarida Lima Rego, 2012: 250.

[29] O artigo 24.º é uma norma imperativa relativa para os seguros de massa e supletiva para os seguros de grandes riscos (artigo 13.º da LCS).

[30] Pelo contrário, o legislador espanhol, francês, finlandês, suíço e alemão optou pelo sistema do "questionário fechado".

exemplo funcionário ou mediador, que em conluio consigo ou aproveitando com o seu desleixo, ignorou ou esqueceu o facto relevante para efeitos de risco;

c) De circunstâncias conhecidas do segurador, em especial quando são públicas e notórias. Uma circunstância é notória quando é do conhecimento geral (definição consagrada no artigo 412.º, n.º 1 do CPC).

Pelo contrário, o segurador pode prevalecer-se das situações *supra* descritas caso tenha havido dolo do tomador do seguro ou do segurado com o propósito de obter uma vantagem indevida à custa do segurador (prémio mais reduzido, celebração de um contrato que, de outro modo, não conseguiria), isto é, tenha havido fraude por parte do tomador ou segurado.

Porém, os tribunais só darão a fraude por confirmada quando estiver provado que o tomador teve consciência do efeito da sua omissão ou falsidade (agiu com dolo qualificado), não bastando provar a falsidade e o efeito.

Para evitar estas situações, o segurador, antes da celebração do contrato, deve esclarecer o eventual tomador do seguro ou o segurado acerca do dever de declaração inicial do risco, bem como do regime do seu incumprimento, sob pena de incorrer em responsabilidade civil, nos termos gerais. Para o apuramento de responsabilidades do segurador, há que ter em conta o artigo 227.º do CCiv. (*culpa in contrahendo*), devendo encontrar-se preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil. Já para a quantificação da indemnização devida pelo segurador, recorrer-se-á ao artigo 566.º do CCiv., comparando-se o resultado da não cobertura do risco com o resultado que existiria se o tomador tivesse cumprido o seu dever de informar. Caso o cumprimento do dever do tomador conduzisse provavelmente à cobertura dos riscos pelo segurador (mediante o pagamento de um prémio superior), o segurador satisfaz a sua prestação contratual, embora descontando o acréscimo do valor total do prémio que ficou por pagar. Caso o cumprimento do dever do tomador conduzisse à não aceitação do risco por qualquer segurador, a indemnização corresponde à devolução do prémio pago.

As consequências do incumprimento do dever de declaração inicial do risco divergem consoante tenha existido dolo ou negligência do tomador/segurado, configurando um caso de erro negocial:

i) De acordo com o artigo 25.º da LCS, em caso de incumprimento doloso, o contrato é anulável mediante declaração enviada pelo segurador ao tomador do seguro (sistema da invocação unilateral, produzindo a anulação efeitos logo que recebida a declaração – n.º 1 do artigo 224.º do CCiv.).

O prazo de invalidação do contrato aplicável é o geral previsto no artigo 287.º do CCiv. (1 ano). Porém, não tendo ocorrido sinistro, a declaração deve ser enviada no prazo de três meses a contar do conhecimento daquele incumprimento.

Para além da invalidade do contrato, o segurador não fica obrigado a cobrir o sinistro que ocorra antes de ter tido conhecimento do incumprimento doloso ou no decurso do prazo dos três meses, seguindo-se o regime geral da anulabilidade. Com efeito, o legislador configurou uma anulação *ex lege*, pois aplica os efeitos desta a período anterior à existência de uma declaração unilateral de anulação.

Relativamente à matéria dos prémios, o segurador tem direito ao prémio devido até ao final do prazo dos três meses, salvo se tiver concorrido dolo ou negligência grosseira sua ou do seu representante.

Em caso de dolo do tomador do seguro ou do segurado com o propósito de obter uma vantagem (fraude), o prémio é devido até ao termo do contrato. ARNALDO COSTA OLIVEIRA[31], entende que este direito do segurador à totalidade do prémio deverá ceder se tiver concorrido com dolo especialmente grave da sua parte ou do seu representante.

Notar que, caberá ao segurador invocar e provar a essencialidade do facto declarado com inexatidão ou omitido, que tenha tido em conta para a avaliação do risco, para a invalidação do contrato.

[31] *in* Pedro Romano Martinez, 2011: 160.

Numa lógica de que "quem pode o mais, pode o menos", apesar do artigo 25.º da LCS não o dizer, pode sempre o segurador propor ao tomador alterações ao contrato, ao invés da sua anulação, quando o risco dolosamente encoberto resultaria na aceitação do contrato noutros moldes, nomeadamente impondo-se um prémio superior, franquias mais elevadas ou mais exclusões.

De referir que esta é uma norma relativamente imperativa para os seguros de massa e supletiva para os seguros de grandes riscos (artigo 13.º da LCS);

ii) À luz do artigo 26.º da LCS, em caso de incumprimento com negligência, o segurador pode, mediante declaração a enviar ao tomador do seguro, no prazo de três meses a contar do seu conhecimento:

a) Propor uma alteração do contrato, fixando um prazo, não inferior a 14 dias, para o envio da aceitação ou, caso a admita, da contraproposta;

b) Fazer cessar o contrato, demonstrando que, em caso algum, celebra contratos para a cobertura de riscos relacionados com o facto omitido ou declarado inexatamente.

O contrato cessa os seus efeitos 30 dias após o envio da declaração de cessação ou 20 dias após a receção pelo tomador do seguro da proposta de alteração, caso este nada responda ou a rejeite. O prémio é, então, devolvido *pro rata temporis* atendendo à cobertura havida.

Se, antes da cessação ou da alteração do contrato, ocorrer um sinistro cuja verificação ou consequências tenham sido influenciadas por facto relativamente ao qual tenha havido omissões ou inexatidões negligentes:

a) O segurador cobre o sinistro na proporção da diferença entre o prémio pago e o prémio que seria devido, caso, aquando da celebração do contrato, tivesse conhecido o facto omitido ou declarado inexatamente;

b) O segurador, demonstrando que, em caso algum, teria celebrado o contrato se tivesse conhecido o facto omitido ou declarado inexatamente, não cobre o sinistro e fica apenas vinculado à devolução do prémio.

Já durante a execução do contrato e em conformidade com o artigo 93.º da LCS, as Condições Gerais do seguro do ROC preveem que o tomador do seguro ou o segurado tem o dever de, no prazo de 14 dias a contar do conhecimento do facto, comunicar ao segurador todas as circunstâncias que agravem o risco, desde que estas, caso fossem conhecidas pelo segurador aquando da celebração do contrato, tivessem podido influir na decisão de contratar ou nas condições do contrato.[32]

Podemos apresentar como exemplos de agravamento do risco no seguro do ROC a aplicação de uma sanção disciplinar pela OROC, por violação dos deveres profissionais, ou a receção de uma notificação do Tribunal dando conta de que foi intentada contra si uma ação de indemnização por responsabilidade civil profissional.

Face à comunicação do tomador/segurado, no prazo de 30 dias a contar do momento em que tenha conhecimento do agravamento do risco, o segurador pode apresentar ao tomador do seguro proposta de modificação do contrato ou resolver o contrato, demonstrando que, em caso algum, celebra contratos que cubram riscos com as características resultantes desse agravamento do risco.

Na apólice uniforme aprovada pela Norma Regulamentar n.º 4/2009-R, determina-se que "O contrato prevê o prazo razoável de dilação da eficácia da declaração de resolução do contrato" – n.º 3 da Cláusula 9.ª. Nesta medida, cabe aos seguradores definirem um prazo nas suas Condições Gerais (p.ex.: "A resolução do contrato produz efeitos 15 dias a contar da data de envio da declaração nesse sentido.").

3.3. Pagamento e alteração dos prémios

O prémio é o preço do seguro e inclui os custos da cobertura do risco, os custos de aquisição, de gestão e de cobrança, os encargos relacionados com a

[32] Pelo contrário, ocorrendo a diminuição do risco, que influencie as condições do contrato, o segurador deve, a partir do momento em que tenha conhecimento das novas circunstâncias, refleti-la no prémio do contrato (n.º 1 do artigo 92.º da LCS).

emissão da apólice, ao qual se somam os impostos e taxas a pagar pelo tomador do seguro.

O Clausulado do seguro do ROC respeita, em matéria de prémios, as normas gerais da Secção IV "Prémio" do Capítulo IV da LCS.

Em regra, o prémio é indivisível, podendo, contudo, o seu pagamento ser fracionado mediante acordo entre as partes (artigo 52.º, n.ºs 3 e 4 da LCS).

Assim, salvo convenção em contrário, o prémio inicial, ou a primeira fração deste, é devido na data da celebração do contrato. As frações seguintes do prémio inicial, o prémio de anuidades subsequentes e as sucessivas frações deste são devidos nas datas estabelecidas no contrato. A parte do prémio de montante variável relativa a acerto do valor e, quando seja o caso, a parte do prémio correspondente a alterações ao contrato são devidas nas datas indicadas nos respetivos avisos de pagamento que o segurador deverá enviar ao tomador.

Em consonância com o princípio *no premium no risk*, a cobertura dos riscos depende do prévio pagamento do prémio.[33]

Na vigência do contrato, o segurador deve avisar por escrito o tomador do seguro do montante a pagar, assim como da forma e do lugar de pagamento, com uma antecedência mínima de 30 dias em relação à data em que se vence o prémio, ou frações deste. Do aviso devem constar, de modo legível, as consequências da falta de pagamento do prémio ou de sua fração. O não cumprimento do disposto na norma que regula os avisos de pagamento faz com que o segurador incorra em responsabilidade civil nos termos gerais.

Já no que respeita à matéria da falta de pagamento do prémio, podemos distinguir:

- A falta de pagamento do prémio inicial, ou da primeira fração deste, na data do vencimento, determina a não produção de efeitos do contrato[34];

[33] Veja-se que, nos seguros de grandes riscos, este princípio apenas se aplica na medida em que decorra da estipulação das partes (artigo 58.º da LCS).

[34] Conjugando o artigo 59.º e o artigo 61.º, concluímos que a eficácia do contrato de seguro é suspensa, para ambas as partes, até ao pagamento do prémio inicial.

- A falta de pagamento do prémio de anuidades subsequentes, ou da primeira fração deste, na data do vencimento, impede a prorrogação do contrato;

- A falta de pagamento de uma fração do prémio no decurso de uma anuidade, de um prémio de acerto ou parte de um prémio de montante variável ou de um prémio adicional resultante de uma modificação do contrato fundada num agravamento superveniente do risco, determina a resolução automática do contrato na data do vencimento do prémio não pago.

O não pagamento, até à data do vencimento, de um prémio adicional resultante de uma modificação contratual determina a ineficácia da alteração, subsistindo o contrato nas condições anteriores, a menos que a subsistência do contrato se revele impossível, caso em que se considera resolvido na data do vencimento do prémio não pago.

Note-se que, tal como referido por MARGARIDA LIMA REGO[35], "não chega a constituir-se na esfera do tomador do seguro nenhuma obrigação de pagar o prémio ao segurador, correspondendo o ato de pagamento do prémio a uma condição de eficácia dos contratos".

Esta solução de cessação automática do contrato, encontrada pelo legislador na LCS, teve como principais objetivos a redução do volume de litispendência nos tribunais (referente a ações em que o segurador pretendia ver-se ressarcido dos prémios vencidos e não pagos) e a garantia de solvência dos seguradores que não assumem a cobertura de riscos sem terem recebido o respetivo prémio. Contudo, com a aplicação desta medida, facilmente verificamos a consequência prática para o lado do tomador: aquele que se queira desvincular do contrato de seguro basta não pagar o prémio devido, não necessitando de invocar qualquer fundamento ou proceder a qualquer comunicação para acionar os meios comuns de cessação dos contratos.

Não havendo alteração no risco, qualquer alteração do prémio aplicável ao contrato apenas poderá efetuar-se no vencimento anual seguinte.

[35] Margarida Lima Rego, 2012: 194.

3.4. Início de efeitos, duração e vicissitudes do contrato [36]

O dia e hora do início da cobertura dos riscos são indicados no contrato, atendendo ao princípio de que a cobertura dos riscos depende do prévio pagamento do prémio. Tal é igualmente aplicável ao início de efeitos do contrato, caso distinto do início da cobertura dos riscos.

As Condições Particulares da OROC determinam que o seguro vigora durante o período de um ano, sendo assim um seguro temporário.

Por outro lado, as Condições Gerais do ROC preveem que o contrato de seguro caduca na data em que o segurado deixe de estar legalmente habilitado para o exercício da sua atividade[37], sendo neste caso o estorno de prémio processado, salvo convenção em contrário, *pro rata temporis*, nos termos legais, devendo o tomador do seguro comunicar tal situação ao segurador. Para além disto, o contrato de seguro caducará, também, quando se verifique alguma das causas previstas no artigo 110.º da LCS.

O contrato pode ser resolvido pelas partes a todo o tempo, havendo justa causa, mediante correio registado, produzindo os seus efeitos às 24 horas do dia em que seja eficaz.

O artigo 116.º da LCS dispõe que "O contrato de seguro pode ser resolvido por qualquer das partes a todo o tempo, havendo justa causa, nos termos gerais.". Com efeito, os termos da resolução devem ser aferidos com referência aos parâmetros gerais do Direito (artigos 432.º e ss. do Código Civil), uma vez que o legislador não fixou critérios específicos ao nível do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

A doutrina e a jurisprudência têm vindo a densificar o conceito de " justa causa", já que este não se encontra concretizado em qualquer diploma legal. Neste âmbito, dever-se-á ter em conta quer os elementos subjetivos – a relação de confiança e de lealdade que devem existir na vigência do contrato –

[36] Para maior desenvolvimento sobre o tema, v. Francisco Luís Alves, 2013.

[37] Pelo contrário, consideramos que, no caso do segurado que, *ab initio,* não tenha habilitações para exercer a profissão de ROC e contrate este seguro de responsabilidade civil, o contrato de seguro será nulo por falta de interesse – artigo 43.º da LCS.

, quer os elementos objetivos – a concretização do resultado visado pelo contrato.

PEDRO ROMANO MARTINEZ [38] entende que tem que se atender aos parâmetros comuns em que a resolução pode ser invocada em contratos de execução duradoura, como é o caso do seguro, designadamente associada à fundada perda de confiança. A desconfiança pode assentar em juízos pessoais, económicos ou jurídicos.

Refere, ainda, BATISTA MACHADO [39] que "a justa causa consiste em qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual, e segundo a boa fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual", isto é, "todo o facto capaz de fazer perigar o fim do contrato ou de dificultar a obtenção desse fim, qualquer conduta que possa fazer desaparecer pressupostos, pessoais ou reais, essenciais ao desenvolvimento da relação, designadamente qualquer conduta contrária ao dever de correção e lealdade (ou ao dever de fidelidade na relação associativa)".

Assim, o comportamento do segurador terá que ser de tal forma grave (gravidade essa aferida, objetivamente, ao interesse do credor, tendo em conta o incumprimento e a importância da obrigação violada no contexto da concreta relação contratual), que torne impossível, para o tomador, a manutenção do vínculo contratual. Porém, não basta que o tomador invoque a resolução do contrato, sendo necessário concretizar a situação de incumprimento.[40]

No seguro obrigatório de responsabilidade civil, o segurador não pode invocar a ocorrência do sinistro como fundamento para a justa causa de

[38] Pedro Romano Martinez, 2011: 406.

[39] Baptista Machado, 1991: 361.

[40] Veja-se, a título de exemplo, a decisão do Julgado de Paz de Miranda do Corvo, proc. 81/2009-JP: a resolução do contrato invocando um preço mais baixo de prémio noutra seguradora, não é aceitável. O preço do seguro pago pelo tomador, não afeta, quer o resultado quer o conteúdo da relação contratual dos contraentes, pois a liberalização do mercado permite que cada seguradora efetue de acordo com os seus objetivos e politicas, os preços que entendem ser os corretos. Pelo contrário, entendemos que o facto de o segurador exceder largamente os prazos estabelecidos para a regularização do sinistro, sem qualquer motivo atendível, causando prejuízos ao tomador, poderá ser considerado justa causa de resolução do contrato de seguro por parte do tomador.

resolução (em conformidade com o disposto no n.º 3 do artigo 117.º da LCS), uma vez que este seguro tem em vista a tutela de terceiros.

O montante do prémio a devolver ao tomador do seguro em caso de cessação antecipada do contrato é calculado proporcionalmente ao período de tempo que decorreria da data da cessação da cobertura até ao vencimento do contrato, salvo previsão de cálculo diverso pelas partes em função de razão atendível, como seja a garantia de separação técnica entre a tarifação dos seguros anuais e a dos seguros temporários.

Sempre que o tomador do seguro não coincida com o segurado, o segurador deve avisar o segurado da resolução do contrato logo que possível, no máximo até 20 dias após a não renovação ou a resolução.

Define o n.º 6 da Cláusula 18.ª da Norma Regulamentar n.º 4/2009-R que as Condições Gerais de cada segurador hão-de prever um prazo razoável de dilação da eficácia da declaração de resolução do contrato (p.ex.: 15 dias a contar da data do envio da declaração nesse sentido).

Para além das causas já enunciadas, podem as partes cessar o contrato de seguro, a todo o tempo, por acordo (artigo 111.º da LCS).

3.5. Prestação principal do segurador

A responsabilidade do segurador é sempre limitada à importância máxima fixada nas Condições Particulares da apólice, seja qual for o número de pessoas lesadas por um sinistro, e corresponde, em cada momento, pelo menos, ao capital mínimo obrigatório.

Importa reter que o segurador não assume uma obrigação de indemnizar ilimitada. Nesta medida, atente-se ao artigo 128.º da LCS, que consagra um dos princípios mais importantes do Direito dos Seguros: o princípio indemnizatório, "A prestação devida pelo segurador está limitada ao dano decorrente do sinistro até ao montante do capital seguro". Este princípio visa tanto evitar o enriquecimento daquele que recebe a indemnização, como

desincentivar a fraude nos seguros.[41] O montante de capital seguro, fixado livremente pelas partes ou fixado por lei, poderá ser um capital máximo por sinistro, por anuidade ou por lesado.

Salvo convenção em contrário, estabelecida nas Condições Particulares:

a) Quando a indemnização atribuída aos lesados for igual ou exceder o capital seguro, o segurador não responde pelas despesas judiciais;

b) Quando a indemnização atribuída aos lesados for inferior, o segurador responde pela indemnização e pelas mesmas despesas até ao limite do capital seguro.

Após a ocorrência de um sinistro, o capital seguro é automaticamente reposto, sem prejuízo do pagamento, pelo tomador de seguro, do prémio complementar correspondente à reposição.

Mediante convenção expressa, pode ficar a cargo do tomador do seguro ou do segurado uma parte da indemnização devida a terceiros (franquia), não sendo, porém, esta limitação de garantia oponível a estes. Assim, compete ao segurador, em caso de pedido de indemnização de terceiros, responder integralmente pela indemnização devida, sem prejuízo do direito a ser reembolsado pelo responsável do valor da franquia aplicada. Contudo, na prática, o sucesso dos pedidos de reembolso da franquia é diminuto: tal fator é ponderado pelo segurador aquando da avaliação do risco proposto e refletido no valor do prémio.

Se existirem vários lesados pelo mesmo sinistro com direito a indemnizações que, na sua globalidade, excedam o montante do capital seguro, os direitos dos lesados contra o segurador reduzem-se proporcionalmente até à concorrência daquele montante[42]. O segurador que,

[41] Conforme refere o Acórdão do STJ de 04-10-2001, o princípio do indemnizatório está "(...) ligado ao carácter não especulativo do contrato de seguro e que nos diz que o segurado deve ser ressarcido do prejuízo que efetivamente sofreu, não podendo o seguro constituir fonte de rendimento para os lesados (...)" - Processo n.º 01B2309, disponível em: http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7b31c7ae3e02f52e80256cda004869d0?OpenDocument [consultado em 30-06-2015]. Para um estudo mais aprofundado sobre este princípio, v. Francisco Rodrigues Rocha, 2015.

[42] Seguindo o disposto no artigo 142.º da LCS.

de boa-fé e por desconhecimento de outras pretensões, efetuar o pagamento de indemnizações de valor superior ao que resultar do *supra* disposto, fica liberado para com os outros lesados pelo que exceder o capital seguro (em consonância com o disposto no artigo 142.º da LCS).

No seguro obrigatório, o segurador apenas pode opor ao lesado os meios de defesa derivados do próprio contrato de seguro – ex.: invalidade do contrato; inexistência de interesse (regulado no artigo 43.º) ou de risco (previsto no artigo 44.º)[43]; cláusulas constantes nas condições contratuais acordadas (artigos 34.º, n.º 3 e 37.º); a cessação do contrato, nomeadamente por caducidade, revogação, denúncia e a resolução (artigo 105.º) – ou de facto do tomador do seguro ou do segurado – v.g. falta de pagamento do prémio, n.º 2 do artigo 61.º – desde que ocorrido em data anterior ao sinistro.

3.6. Obrigações e direitos das partes

Em matéria de obrigações do tomador do seguro e do segurado, em caso de sinistro coberto pelo contrato de seguro do ROC, estes obrigam-se:

a) A comunicar tal facto, por escrito, ao segurador, no mais curto prazo de tempo possível, nunca superior a 8 dias a contar da ocorrência ou do conhecimento da mesma, explicitando as suas circunstâncias, causas eventuais e consequências (na esteira dos n.ºs 1 e 2 do artigo 100.º da LCS);

b) A tomar as medidas ao seu alcance no sentido de prevenir ou limitar as consequências do sinistro (n.º 1 do artigo 126.º da LCS);

c) A prestar ao segurador as informações relevantes que este solicite relativas ao sinistro e às suas consequências (n.º 3 do artigo 100.º da LCS);

O incumprimento de alguma destas alíneas determina:

i) A redução da prestação do segurador atendendo ao dano que o incumprimento lhe cause;

[43] Para mais desenvolvimentos sobre o tema do risco e interesse em seguros, v. Margarida Lima Rego, 2010: 57-253.

ii) A perda da cobertura, se for doloso e tiver determinado dano significativo[44] para o segurador.

Importa referir que a redução ou perda de cobertura não são oponíveis pelo segurador ao lesado (em conformidade com o artigo 147.º da LCS).

Note-se, ainda, que, no caso do incumprimento do previsto na alínea a) *supra* referida, a sanção da redução/perda da cobertura não é aplicável quando o segurador tiver conhecimento do sinistro por outro meio durante os 8 dias previstos, ou o obrigado prove que não poderia razoavelmente ter procedido à comunicação devida em momento anterior àquele em que o fez;

d) A não prejudicar o direito de sub-rogação do segurador nos direitos do segurado contra o terceiro responsável pelo sinistro, decorrente da cobertura do sinistro por aquele.

O seu incumprimento determina a responsabilidade do incumpridor até ao limite da indemnização paga pelo segurador (em consonância com o disposto no n.º 2 do artigo 136.º da LCS).

Determina, ainda, a Apólice Uniforme que o segurador pode intervir em qualquer processo judicial ou administrativo em que se discuta a obrigação de indemnizar cujo risco seja objeto do contrato, suportando os custos daí decorrentes da operação[45]. Isto é, ao prever-se a legitimidade processual passiva do segurador, evita-se que o segurado seja levado a aceitar facilmente e sem grandes análises perante o terceiro a responsabilidade pelo sinistro, por saber que a indemnização será paga pelo segurador.

O segurado deve prestar, assim, ao segurador toda a informação que razoavelmente lhe seja exigida e abster-se de agravar a posição substantiva ou processual do segurador.

Porém, quando o segurado e o lesado tiverem contratado um seguro com o mesmo segurador ou existindo qualquer outro conflito de interesses, o segurador deve dar a conhecer aos interessados tal circunstância. Neste caso,

[44] O dano terá que ser significativo relativamente ao capital seguro contratado em cada caso – nesse sentido, Pedro Romano Martinez, 2011: 338.

[45] Seguindo o disposto no artigo 140.º da LCS.

e frustrada a resolução do litígio por acordo (o segurador e o segurado encontram-se em divergência), o segurado pode confiar a sua defesa a quem entender, assumindo o segurador, salvo convenção em contrário, os custos daí decorrentes proporcionais à diferença entre o valor proposto por si e aquele que o segurado obtenha.

São inoponíveis ao segurador que não tenha dado o seu consentimento, tanto o reconhecimento, por parte do segurado, do direito do lesado como o pagamento da indemnização que a este seja efetuado.

No âmbito do contrato de seguro do ROC, a defesa jurídica, pela sua especificidade e complexidade, é bastante dispendiosa, sendo que, na maioria das vezes, quando é participado o sinistro ao segurador já existe uma ação de indemnização cível intentada em tribunal contra o ROC. Com efeito, o elevado risco de litígio e o elevado custo da defesa, refletem-se na avaliação do risco e consequentemente no prémio a pagar.

Por outro lado, em matéria de obrigações do segurador, este substitui o segurado na regularização amigável ou litigiosa de qualquer sinistro que, ao abrigo do contrato, ocorra durante o período de vigência do mesmo, suportando, até ao limite do capital seguro, as despesas, incluindo as judiciais, decorrentes da regularização, e sujeitando-se, para o efeito, à ação direta de terceiros lesados ou respetivos herdeiros.[46] As averiguações e

[46] Em sede de seguro de responsabilidade civil, o lesado tem ação direta contra o segurador, isoladamente ou em conjunto com o segurado causador dos danos, em duas situações: i) quando previsto no contrato de seguro; ii) quando o segurado tenha informado o lesado da existência de um contrato de seguro, com o consequente início de negociações diretas entre o lesado e o segurador. Moitinho de Almeida, 2009: 25-26, não deixa de assinalar que este regime adotado pelo legislador nacional não segue a linha predominante das legislações europeias modernas. Por exemplo, o direito inglês, espanhol e a jurisprudência francesa, admitem a ação direta contra o segurador, sem necessidade de demandar o civilmente responsável. O autor considera, ainda, que, sobretudo nos seguros de responsabilidade civil profissional, não é de excluir a situação em que o lesado toma conhecimento da existência do seguro de outro modo que não pelo segurado. Neste caso, o lesado terá que recorrer ao expediente da cumulação de pedidos (Artigo 36.º do CPC), demandando o civilmente responsável e o respetivo segurador. A última das disposições do "Regime Comum" do seguro de responsabilidade civil prevê que aos direitos do lesado contra o segurador aplicam-se os prazos de prescrição regulados no Código Civil, ou seja, o artigo 498.º do CC (em regra, três anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete). Assim, prevê o artigo 146.º que o lesado tem o direito de exigir o pagamento da indemnização diretamente ao segurador, com exclusão dos demais credores do segurado, consagrando-se o direito de ação direta dos lesados contra os seguradores de responsabilidade civil e um privilégio creditório que resulta da lei geral (artigo 741.º do CCiv.).

peritagens necessárias ao reconhecimento do sinistro e à avaliação dos danos, devem ser efetuadas pelo segurador com a adequada prontidão e diligência, sob pena de responder por perdas e danos.

O segurador deve pagar a indemnização, ou autorizar a reparação do dano, logo que concluídas as investigações e peritagens necessárias ao reconhecimento da responsabilidade do segurado e à fixação do montante dos danos.

Decorridos 30 dias das conclusões acima previstas sem que haja sido paga a indemnização ou autorizada a reparação do dano, por causa não justificada ou que seja imputável ao segurador, este incorrerá em mora (artigo 104.º da LCS e 805.º do CCiv.), sendo devidos juros à taxa legal em vigor sobre, respetivamente, o montante daquela ou o preço médio a valores de mercado da reparação do dano.

Preveem ainda as Condições Gerais do seguro do ROC que, satisfeita a indemnização, o segurador tem direito de regresso, relativamente à quantia despendida, contra o tomador do seguro ou o segurado, por:

a) Atos ou omissões dolosas respetivas, ou de pessoas por quem o tomador do seguro ou o segurado seja civilmente responsável;[47]

b) Quando seja causa do sinistro, infração às leis e/ou regulamentos da atividade de revisão legal de contas;[48]

c) Incumprimento dos deveres de informação do tomador em caso de sinistro;[49]

d) Pelas indemnizações suportadas relativamente a responsabilidade por perda ou extravio de dinheiro ou quaisquer outros valores colocados à guarda do Segurado;[50]

O dano a atender para efeitos indemnizatórios será o dano apurado segundo os critérios gerais da lei civil.

[47] Alínea a), do n.º1, da Cláusula 28.ª, da Norma Regulamentar n.º 4/2009-R, de 19 de março.

[48] Alínea b), do n.º1, da Cláusula 28.ª, da Norma Regulamentar n.º 4/2009-R, de 19 de março.

[49] Alínea c), do n.º1, da Cláusula 28.ª, da Norma Regulamentar n.º 4/2009-R, de 19 de março.

[50] Fundamento constante da alínea c) da Norma Regulamentar n.º 4/96-R, de 1 de fevereiro.

e) Pelas indemnizações liquidadas relativamente a responsabilidades decorrentes de sigilo profissional.[51]

O direito de regresso é também aplicável contra o tomador do seguro ou o segurado que tenha lesado dolosamente o segurador após o sinistro.

O direito de regresso é um direito novo do qual é titular aquele que extinguiu a relação creditícia anterior (o segurador) e que não implica qualquer transmissão, não se confundindo com a sub-rogação em que o sub-rogado é colocado na titularidade do direito de crédito primitivo.

Atualmente, a Norma Regulamentar n.º 4/2009-R dispõe: "O foro competente para dirimir os litígios emergentes deste contrato é o fixado na lei civil.".

4. Casos práticos

De seguida e por forma a compreendermos na prática os motivos que levam o ROC a participar um sinistro à sua seguradora, apresentamos uma série de casos em que o mesmo acionou o seu seguro de responsabilidade civil profissional[52]:

I) Certa sociedade comercial celebrou com um ROC um contrato de prestação de serviços, comprometendo-se aquele a auditar e certificar as contas da sociedade.

Tal contrato cessou os seus efeitos na sequência de uma deliberação tomada em Assembleia Geral, na qual foi decidido não reeleger o ROC para as funções de Fiscal Único.

Face a esta decisão, o ROC recusou-se a elaborar o relatório de certificação legal de contas relativo ao ano transato.

[51] Fundamento constante da alínea d) da Norma Regulamentar n.º 4/96-R, de 1 de fevereiro.

[52] Os casos apresentados têm por base o estudo prático de processos de sinistros, através da atividade profissional desenvolvida pela autora.

A sociedade viu-se, assim, obrigada a solicitar à OROC a nomeação oficiosa de outro profissional para realizar aquele trabalho.

Com efeito, a sociedade intentou ação judicial cível contra o antigo ROC, peticionando uma indemnização no valor dos honorários pagos ao ROC nomeado oficiosamente.

Rececionada a notificação do tribunal, o ROC decidiu acionar o seu seguro de responsabilidade civil profissional, para garantia de pagamento de eventual indemnização a que fosse condenado.

II) O ROC de certa sociedade comercial certificou legalmente as contas daquela sem aposição de qualquer reserva ou ênfase.

Com base nessa informação financeira, um terceiro decidiu celebrar um contrato de cessão de quotas com sócios da sociedade comercial visada.

Após a outorga da escritura pública de cessão de quotas, o terceiro ordenou, por sua conta, a realização de uma auditoria às contas da sociedade, que veio a revelar irregularidades de extrema gravidade e que se repercutiam tanto no valor, como na situação financeira real da sociedade.

Neste caso em particular, revelou a auditoria realizada que: a sociedade emitia faturas fictícias de elevado valor para supostos fornecimentos a clientes, sem que houvesse a correspondente expedição dos produtos; encontravam-se faturados fornecimentos não cobráveis ou com diminuta probabilidade de cobrança, não se encontrando os mesmos refletidos nas contas da sociedade; não se encontravam refletidos nas contas enormes custos com juros, sobreavaliações, etc. de exercícios anteriores.

Face a esta descoberta, o terceiro intentou ação de indemnização cível contra diversos sujeitos, entre eles o ROC da sociedade.

Notificado pelo tribunal, decide o ROC acionar o seu seguro de responsabilidade civil profissional.

III) Certa sociedade comercial celebrou com um ROC um contrato de prestação de serviços, comprometendo-se aquele a realizar a revisão e certificação legal das contas da sociedade.

O ROC emitia certificações legais de contas sem aposição de quaisquer reservas ou ênfases, apesar das práticas que ocorriam na sociedade: uma funcionária falsificava cheques supostamente para pagamento de fornecimentos que nunca chegaram a existir (não encontrando estes custos qualquer suporte documental) e adulterava os valores a inserir nas declarações de IVA entregues pela sociedade à autoridade tributária.

Após um dos gerentes descobrir as condutas irregulares praticadas, decidiu a sociedade intentar ação de indemnização cível contra o ROC por este ter violado as normas profissionais a que estaria obrigado, causando prejuízos à sociedade.

Recebida a notificação do tribunal, o ROC acionou o seguro de responsabilidade civil profissional, como garantia de pagamento de eventual indemnização a que fosse condenado.

IV) Os acionistas de certa sociedade intentaram ação de indemnização cível contra o ROC dessa sociedade, que se encontrava em processo de liquidação.

Desde a cisão/fusão que a sociedade em causa deixou de exercer o seu objeto social, tendo sido decidido por todos os acionistas que qualquer ato a praticar no futuro teria em vista dissolver a sociedade e dividir o património pelos acionistas.

Em assembleia geral realizada, o ROC recusou-se a prestar os esclarecimentos solicitados pelos acionistas, tendo estes vindo a saber mais tarde que algum património da sociedade havia sido doado a terceiro, sem que tivesse havido uma deliberação nesse sentido.

O ROC sabia desta doação, mas não informou os acionistas, nem colocou reservas nos relatórios e certificações legais.

Notificado pelo tribunal dando conta da ação contra si intentada, o ROC optou por acionar o seu seguro de responsabilidade profissional.

V) Certa sociedade encontrava-se a passar por uma fase de não pagamento generalizado a fornecedores, de créditos já vencidos. Ainda assim, continuava a contratar com novos fornecedores, aumentando os seus créditos, o que levou a que, a dada altura, já não tivesse capacidades financeiras para liquidar as suas dívidas.

Os sócios, quando confrontados com esta situação, acreditam que a mesma teria sido evitada caso o ROC tivesse intervindo (ao abrigo do seu dever de vigilância – artigo 420.º-A do CSC.), intentando, assim, ação de indemnização cível contra o revisor.

Recebida a notificação do tribunal, o ROC acionou o seguro de responsabilidade civil profissional, como garantia de pagamento de eventual indemnização a que fosse condenado.

Conclusão

A escolha do presente tema (pouco desenvolvido no panorama nacional) procurou demostrar a importância do contrato de seguro obrigatório do ROC, nomeadamente o âmbito de aplicação, o seu funcionamento e as suas particularidades.

Para que o ROC seja considerado civilmente responsável, terá que, para além dos demais requisitos previstos no CCiv, haver uma desconformidade entre a sua conduta e aquela que lhe era exigível, segundo as regras técnicas e deontológicas a que se encontra obrigado.

Em matéria de limitação da responsabilidade do ROC, o legislador nacional ainda não adotou nenhuma disposição deste género, sendo, então, a responsabilidade do ROC ilimitada.

O contrato de seguro, já conhecido na Idade Média, é o acordo através do qual o segurador se obriga, em caso de ocorrência de um sinistro coberto pelo contrato, ao pagamento de uma indemnização/ prestação, mediante o pagamento de um prémio pelo tomador. No caso específico do seguro de responsabilidade civil, o segurador assume uma obrigação (limitada ao valor do capital seguro) do pagamento da indemnização a terceiro, lesado pelo segurado.

O seguro de responsabilidade civil do ROC é, então, obrigatório por lei, quer para o desempenho de funções de interesse público, quer para as outras funções.

Porém, o elevado capital seguro mínimo exigido, a ausência de fixação de limites máximos de capital seguro, de norma expressa no CSC de responsabilidade do ROC perante terceiros e de limites máximos e mínimos de franquia colocam entraves ou dificuldades na contratação deste seguro. Sendo o risco tão elevado, os seguradores, para além de o refletirem nos montantes de prémios cobrados, vêm-se obrigados a recorrer a contratos de cosseguro e resseguro.

Constata-se que a maior parte dos revisores aderem à apólice de grupo da OROC (tomador), assumindo a posição de segurados e pagando o prémio diretamente à OROC. A Ordem adotou um sistema de distribuição de risco peculiar: um seguro para a generalidade dos revisores, em regime de cosseguro, e um seguro para as SROC que comportam mais risco, em regime de resseguro.

Sendo um seguro obrigatório, as Condições Gerais são definidas pela ASF, através da Norma Regulamentar que publica a apólice uniforme.

O Seguro do ROC destina-se, assim, a cobrir as indemnizações que possam recair sobre o segurado, resultantes de atos ou omissões cometidos exclusivamente durante o exercício da profissão de ROC (no âmbito das suas funções de interesse público ou das outras funções), ou no desempenho da função de órgão fiscalizador, de harmonia com a legislação em vigor.

O contrato de seguro do ROC cobre os atos ou omissões dolosamente provocados, tendo o segurador, após o pagamento da indemnização ao lesado, o direito de regresso contra o segurado.

Importa sublinhar que, para a efetivação do pagamento de indemnizações, o sinistro terá que se encontrar coberto pelas garantias do contratos e não se enquadrar numa das cláusulas de exclusão previstas.

Verifica-se que, na maioria das vezes, o acionamento do seguro (com a entrega da respetiva participação ao segurador) tem, na sua génese, uma ação judicial já intentada pelo lesado contra o ROC segurado.

Concluindo, e conforme constata Gabriela Figueiredo Dias, "este seguro cumpre uma função de garantia para os lesados, ao mesmo tempo que reforça a independência do ROC, promove a dispersão e partilha dos riscos e favorece a minoração dos danos".[53]

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Jorge Coutinho de (2010) (coord.), Código das sociedades comerciais em comentário – Vol. I, Coimbra, Almedina.

Abreu, Jorge Coutinho de (2010), Curso de direito comercial – vol. II das sociedades, Coimbra, Almedina.

Abreu, Jorge Coutinho de (2006), Governação das sociedades comerciais, Coimbra, Almedina.

Almeida, António Pereira de (2003), "Estrutura organizatória das sociedades", Problemas do direito das sociedades, Colóquios do IDET, I (1), Coimbra, Almedina.

Almeida, António Pereira de (2011), Sociedades comerciais valores mobiliários e mercados, Coimbra, Coimbra Editora.

Almeida, Bruno (2014), Manual de auditoria financeira – Uma análise integrada baseada no risco, Lisboa, Escolar Editora.

[53] Gabriela Figueiredo Dias, 2006a: 206.

Almeida, José Carlos Moitinho de (1971), O contrato de seguro no direito português e comparado, Lisboa, Livraria Sá da Costa.

Almeida, José Carlos Moitinho de (2009), Contrato de Seguro – Estudos, Coimbra, Coimbra Editora.

Alves, Francisco Luís (2013), Direito dos Seguros, Cessação do Contrato. Práticas Comerciais, Coimbra, Almedina.

Alves, Paula Ribeiro (2007), Intermediação de Seguros e Seguro de Grupo - Estudos de Direito dos Seguros, Coimbra, Almedina.

Calzada, Mª Ángeles Conde (2014), El seguro de responsabilidad civil, Espanha, Aranzadi.

Cordeiro, António Menezes (2013), Direito dos seguros, Coimbra, Almedina.

Cunha, Carlos Silva e (2000), Responsabilidade civil profissional in VII Congresso dos ROC – Novas perspetivas para a profissão.

Cunha, Paulo Olavo (2012), Direito das sociedades comerciais, Coimbra, Almedina.

Dias, Gabriela Figueiredo (2010), Conflitos de interesses em auditoria in Conflitos de interesses no direito societário e financeiro, Coimbra, Almedina.

Dias, Gabriela Figueiredo (2006), "Controlo de contas e responsabilidade dos ROC", Temas societários, Colóquios do IDET, II (2), Coimbra, Almedina.

Dias, Gabriela Figueiredo (2006), Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil: (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais), Coimbra, Coimbra Editora.

Frada, Manuel A. Carneiro da (2004), "Os problemas e os limites da responsabilidade dos auditores", Revista da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas (27), Lisboa. Disponível em: http://www.oroc.pt/revista/detalhe_artigo.php?id=36 [consultado em 23-07-2014].

Frada, Manuel A. Carneiro da (1997), Uma "terceira via" no direito da responsabilidade civil?, Coimbra, Almedina.

Gil, Joana (2006), Contributo para uma dogmática da fiscalização das sociedades anónimas, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, Coimbra, Fac. de Direito da Univ. de Coimbra.

Gomes, José Ferreira (2008), A responsabilidade civil dos auditores in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Coimbra, Almedina.

Guimarães, Joaquim Fernando da Cunha (2010), "Os Primórdios da profissão de ROC (breves referências)", Contabilidade & Empresas, 5, 2.ª série, Porto, Vida Económica Editorial S.A.

Disponível em: http://www.jornalfiscal.pt/sites/all/files/editions/pdf/pdf_ve%3Ace_ed5-2f5fb5dcfe664c87b99499596b8c0254.pdf [consultado em 01-08-2014].

Machado, Baptista (1991), Pressupostos da resolução por incumprimento, Obra dispersa - Vol. I, Braga.

Marques, Tiago Estêvão (2009), Responsabilidade civil dos membros de órgãos de fiscalização das sociedades anónimas, Coimbra, Almedina.

Martinez, Pedro Romano (2011) (coord.), Lei do contrato de seguro anotada, Coimbra, Almedina.

Monteiro, António Gonçalves (2006), "Discurso de abertura", comunicação apresentada no IX Congresso dos ROC – O Revisor do Futuro, organizado pela Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, 26 e 27 de outubro de 2006, Lisboa. Disponível em: http://www.oroc.pt/fotos/editor2/CongDiscursoAb221106-rev(x).pdfina [consultado em 15-07-2014].

Moreira, António; Martins, Manuel da Costa (2001) (coord.), II Congresso Nacional de Direito dos Seguros: Memórias, Coimbra, Almedina.

Pina, Carlos Costa (1999), Dever de informação e responsabilidade pelo prospeto no mercado primário de valores mobiliários, Coimbra, Coimbra Editora.

Pensões, Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de (2015), Guia de seguros e fundos de pensões, Lisboa, Publicações ASF.

Poças, Luís (2013), O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro, Coimbra, Almedina, 2013.

Ramos, Maria Elisabete (2010), O seguro de responsabilidade civil dos administradores - Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura, Coimbra, Almedina.

Rego, Margarida Lima (2010), Contrato de Seguro e Terceiros - Estudo de Direito Civil, Coimbra, Coimbra Editora.

Rego, Margarida Lima (2012) (coord.), Temas de Direito dos Seguros: A Propósito da Nova Lei do Contrato de Seguro, Coimbra, Almedina.

Rocha, Francisco Rodrigues (2015), Do princípio indemnizatório no seguro de Danos, Coimbra, Almedina.

Silva, João Calvão da (2006), "Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão", Revista de Legislação e Jurisprudência (3940), Coimbra, Coimbra Editora.

Silva, Rita Ferreira da (2007), Do contrato de seguro de responsabilidade civil geral - Seu enquadramento e aspectos jurídicos essenciais, Coimbra, Coimbra Editora.

Taborda, Daniel (2006), Auditoria: revisão legal das contas e outras funções do revisor oficial de contas, Lisboa, Sílabo.

Vasques, José (2005), Direito dos Seguros, Coimbra, Coimbra Editora.

Ventura, Raul (2003), Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Coimbra, Almedina.

Cláudia Sofia Luís Ribeiro de Carvalho
Jurista em empresa de seguros
Pós-Graduação em Direito dos Seguros, pela AIDA Portugal, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Mestrado em Direito das Empresas, pelo ISCTE-IUL – Especialização em Sociedades Comerciais.
Licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Data Venia
Ano 5 ● N.º 07 [pp. 145-176]

Inexistência de crime de furto de água decorrente de instalação de sistemas de ligação directa

O princípio da tipicidade como travão do direito natural

Diego Brito
Procurador- Adjunto

SUMÁRIO:

Uma perspectiva sobre a problemática das instalações de ligação directa aos sistemas públicos de abastecimento de água.

Uma abordagem sobre o sentimento geral de ilicitude passando pela reflexão acerca das dificuldades práticas com as quais os Tribunais e o Ministério Público se têm deparado, pela análise dos elementos típicos do crime de furto e pela delimitação conceitual de coisa móvel e de coisa alheia, tendo sempre como fio condutor o princípio da tipicidade.

Inexistência de crime de furto de água decorrente de instalação de sistemas de ligação directa

O princípio da tipicidade como travão do direito natural

Diego Brito
Procurador-Adjunto

Resumo: Uma perspectiva sobre a problemática das instalações de ligação directa aos sistemas públicos de abastecimento de água. Uma abordagem sobre o sentimento geral de ilicitude passando pela reflexão acerca das dificuldades práticas com as quais os Tribunais e o Ministério Público se têm deparado, pela análise dos elementos típicos do crime de furto e pela delimitação conceitual de coisa móvel e de coisa alheia, tendo sempre como fio condutor o princípio da tipicidade."

1. Introdução

Certamente alguns de nós já terão ouvido, durante a infância, adolescência, ou já na fase adulta algumas histórias da existência de ligações directas no fornecimento de electricidade ou água.

Nesse âmbito ouve-se, por vezes, que determinada pessoa foi apanhada a "roubar" água.

Nunca questionei a ilicitude de tal conduta tendo a sua génese, talvez, no "direito natural" quiçá decorrente do mandamento mosaico.

Depois de ter ingressado na magistratura e passado por alguns municípios *(**antigas comarcas**)*, vim a ter o primeiro contacto profissional com essa realidade, na fase da investigação, durante o tempo em estive destacado no D.I.A.P. da Maia.

Nessa ocasião deparei-me com algumas dificuldades na condução da investigação, relacionado com um problema que me levou a reflectir e a formular a seguinte questão: Como o município consegue fazer cálculos sobre a estimativa de consumo de água?

Ofícios para cá e para acolá, nunca obtive uma resposta assertiva à questão formulada. Neste âmbito, não cheguei a ter tempo suficiente para proferir qualquer despacho final de inquérito sobre essa matéria por ter sido, por razões profissionais inerentes à minha função de membro do quadro complementar do Porto, "abruptamente" destacado para a "Instância Local Criminal" do mesmo município.

Mas tal facto não evitou de ser confrontado, novamente, com tal problema quando me deparei com uma acusação pelo crime de furto decorrente da instalação de ligação directa no sistema de abastecimento de água, que me obrigou a nova reflexão sobre o critério da elaboração de estimativas de consumo e discussão com o meu colega, também Magistrado do Ministério Público, Rogério Gomes Osório que ter-me-á dito expressões equivalentes a "Ouve lá! Tens certeza que isso é crime" ou "Vai lá estudar se isso é mesmo crime.", chamando-me a atenção para o (não) preenchimento dos requisitos de "coisa móvel" e "alheia", exigidos pelo tipo legal previsto no artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal.

A partir daí, com vista a não cometer uma injustiça, iniciei um estudo "supersónico", ainda que perfunctório, sobre tal matéria que se circunscreveu *(face também à inexistência de jurisprudência publicada relativamente a esta matéria, de forma integral)* a dois ou três comentários ao Código Penal e à compilação de alguma legislação que me permitiu tomar partido pela tese da inexistência de crime de furto e pedir, consequentemente, a absolvição do arguido *(conseguida apenas com base no princípio "in dubio pro reo")*.

Estavam lançadas as bases para a elaboração de um artigo doutrinário por parte do meu colega Rogério Gomes Osório *(citado mais adiante)*, em face da sua permanente ligação ao mundo académico, resultado de um estudo com um maior grau de problematização, que muito me foi útil no desenvolvimento de argumentação que viria a ser utilizada em outros processos judiciais da mesma natureza.

O aludido artigo, talvez por causar uma ruptura com a concepção *jus naturalista* da maioria dos juristas, enquanto cidadãos, muita celeuma causou e foi criticado, de uma forma injusta e sem argumentos sólidos, a meu ver, por

um acórdão de um Tribunal Superior, na sequência de um recurso por mim interposto.

Os argumentos elencados naquele aresto me obrigaram a reflectir, a ponderar e a estudar, cada vez mais, culminando com a apresentação de um novo recurso e com a elaboração deste artigo que me propus escrever. Este trabalho, do meu ponto de vista, deve ser encarado como complementar ao elaborado pelo meu colega Rogério Gomes Osório, pioneiro acerca desta matéria.

Em primeira mão começarei por admitir a existência de um "crime de furto de água" e as dificuldades probatórias existentes relativamente ao mesmo. Depois, centrar-me-ei na análise dos elementos exigidos pelo tipo legal previsto no artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal. Tentarei, ainda, tecer algumas considerações acerca dos problemas relativos à legitimidade do Ministério Público na prossecução da acção penal, no caso de se admitir a existência de um "crime de furto de água" e concluirei, por fim, avançando com algumas reflexões acerca dos modos possíveis para tutelar este tipo de condutas ilícitas, em termos de direito constituído e a constituir.

II. A existência de um crime de furto e as dificuldades probatórias inerentes ao mesmo

Da experiência que tenho tido na participação de julgamentos acerca desta matéria, o Tribunal tem-se deparado com alguma dificuldade no que concerne à prova da autoria da ligação directa, principalmente nos casos em que não se consegue determinar exactamente quem vive no imóvel em que existe aquela instalação, não se sabe há quanto tempo determinada pessoa vive, não se sabe há quanto tempo se encontra aquela ligação directa *(o que também poderá ter implicações na quantidade de água subtraída)* ou, ainda, não se sabe qual das pessoas montou a ligação directa ou quem tinha conhecimento daquela ligação.

Tais questões têm sido, a meu ver, bem resolvidas em função do caso concreto e com recurso à apreciação da prova segundo as regras da

experiência e a livre convicção do Tribunal *(artigo 127.º, do Código de Processo Penal)*.

O que parece não estar a ser objecto de grandes reflexões por parte do Tribunal são os factos relativos à propriedade da água ou, pelo menos, ao seu legítimo possuidor/detentor. O Tribunal, nos casos em que me pude aperceber, tem dado como assente a propriedade da água, cometendo um erro, do meu ponto de vista *(talvez decorrente da actuação do Ministério Público – diga-se, em abono da verdade)*, como se de facto notório se tratasse, isento até de ónus de alegação. Não me parece que deva ser assim. Se em outras situações de furto é preciso fazer prova do direito de propriedade ou de uma relação dominial sobre a coisa *(na menos exigente das concepções do bem jurídico protegido)* até para efeitos da legitimidade na apresentação de queixa, não entendemos a postura mais flexível adoptada na situação em análise. Condenar alguém por furto de água sem se dar como provado a propriedade da água ou a "relação dominial sobre a mesma" conduz, a meu ver, ao vício previsto no artigo 410.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal, já que a matéria de facto provada é insuficiente para a decisão condenatória.

Outro ponto em que não se têm levantado grandes questões se prende com a existência da apresentação de estimativas de consumo. Neste âmbito, pelo que me tenho apercebido, o Tribunal tem-se bastado com a explicação apresentada por um funcionário do queixoso. Mal a meu ver![1]

Nesse âmbito entendo que, em termos penais, não é admissível considerar qualquer estimativa.

O tipo legal de crime exige a subtracção, que pode ser traduzida por uma ruptura da detenção originária e da constituição de uma nova detenção. Perfilhando, no que concerne ao momento em que se dá a subtracção e, consequentemente, a consumação do crime, a "teoria da apreensão" *(que exige*

[1] Realço, quanto a este aspecto, que não conheço qualquer decisão em que seja elucidado o juízo crítico feito relativamente a esse tipo de testemunho, o que impede a percepção do raciocínio que permite dar como provada a estimativa de consumo feita pelo município, conduzindo a inobservância do artigo 374.º. n.º 2, e, consequentemente, à nulidade processual prevista no artigo 379.º, n.º 1, alínea a), ambos do Código de Processo Penal.

que a coisa seja colocada sob o controle de facto e exclusivo do novo detentor, que seja apreendida pelo agente), poder-nos-emos questionar em que momento se dá a consumação do crime de "furto de água". Ou seja, se é no momento em que a ligação directa é feita, se é no momento em que cada uma das torneiras é aberta, ou se é, finalmente, no momento em que a água é acondicionada num recipiente não ligado ao solo.

Nunca vi nenhuma sentença abordar esta questão e desconheço, pelo que vou ouvindo aqui e acolá, que tal prática tenha vindo a ser adoptada. Não tenciono, no presente trabalho apresentar uma resposta assertiva e definitiva sobre tal problema *(tendo naturalmente em consideração o conteúdo global do presente artigo)*, mas, a meu ver, tenderia a considerar *(parecendo minimamente coerente com o raciocínio que será exposto adiante)* que concretizar-se-ia no momento em que a água fosse acondicionada num recipiente não ligado ao solo e só havendo uma efectiva apropriação *(elemento não exigido pelo tipo)* com o seu consumo efectivo.

No entanto, penso ser possível afirmar: Não haverá "apreensão da coisa" só com a montagem da ligação directa.

Pois bem! Se partirmos da última premissa, forçosamente teremos que concluir que existirá um crime consumado sempre que o agente acondicionar a água em um recipiente não ligado ao solo ou, pelo menos, sempre que o agente abrir cada uma das torneiras. Pelo que existirão tantos crimes quantas vezes o agente optar por praticar cada uma daquelas condutas, face ao entendimento que se venha a adoptar quando a esta matéria *(sem prejuízo, naturalmente, de poder vir a ser ponderada a subsunção desse número concreto de condutas à figura do crime continuado prevista no artigo 30.º, n.º 2, do Código Penal)*.

Assim, a prova da instalação da ligação directa, não fazendo parte da previsão legal do artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal, não bastará para afirmar, segundo as regras da experiência comum *(artigo 127.º do Código de Processo Penal)* que existiu uma subtracção, pois seria necessário provar, a meu ver, que o arguido adoptou as condutas acima elencadas,

consubstanciando, cada uma delas uma resolução criminosa autónoma *(e não olvidamos que se trata de uma prova diabólica)*.

De acordo com o raciocínio exposto, entendo que, ao fazê-lo, o Tribunal só poderá, na quase totalidade dos casos, condenar o arguido pela prática de um crime de furto na sua forma tentada.

Naturalmente que esta última conclusão pressupõe que se parta da premissa que a montagem da ligação directa é um acto de execução, pois se considerarmos que se trata de um acto preparatório, tal condenação não poderia, por esta via, operar *(artigo 21.º do Código Penal)*.

Claro está que, se considerarmos *(não me choca)* que a montagem da ligação directa é um acto de execução *(o primeiro na cadeia de acção e eventualmente subsumível ao artigo 22.º, n.º 2, alínea c), do Código Penal)*, e que a abertura da torneira seria outro acto de execução *(o segundo e eventualmente subsumível ao artigo 22.º, n.º 2, alínea b), do Código Penal)*, isso faria que os crimes subsequentes só iniciariam numa fase posterior *(solução que não revela qualquer problema, a meu ver)*[2].

No entanto, os problemas elencados principalmente no que concerne, na minha opinião, à impossibilidade prática *(quase certa ou pelo menos maioritária)* de alguém, na situação em análise, poder vir a ser legitimamente condenado pela prática de um crime de furto, previsto e punível pelo artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal, advêm de uma questão a montante: o legislador não pensou em tal situação quando criou a norma. Ou, de outro modo, a acção factual que compreenda a instalação de uma ligação directa de abastecimento de água não é subsumível àquela previsão legal.

III. Da subsunção dos factos relativos à instalação de uma ligação directa de abastecimento de água ao crime de furto

[2] Pense-se num tóxico dependente que pratica um furto qualificado por arrombamento num dia, e leva o que consegue, e no outro dia repara que a casa ainda está desocupada e, aproveitando-se que a porta já está arrombada, decide ir buscar mais "qualquer coisinha".

Centremo-nos, agora, na análise nos requisitos exigidos pelo tipo legal de furto.

Prevê o artigo 203.º, n.º 1 do Código Penal: *"Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa."*

São elementos do tipo:

1. A intenção de apropriação, para si ou para outrem, (dolo);
2. A subtracção;
3. A natureza móvel da coisa; e
4. O carácter alheio da coisa;

a) Do carácter móvel da coisa:

Comecemos por analisar o carácter móvel ou imóvel da água, conceito indeterminado que, a nosso ver, deverá ser integrado pela lei civil, no respeito pelo artigo 9.º do Código Civil, concretamente no respeito pela "unidade do sistema jurídico".

Perfilhando a opinião do Professor Faria Costa[3], não posso concordar, pelas razões *infra*, que o conceito de coisa móvel deve ser diverso e até mais amplo do utilizado no artigo 205.º do Código Civil[4].

Entendo, neste âmbito, ser pertinente chamar à colação as reflexões do Professor Baptista Machado acerca das regras de interpretação das normas, neste aspecto quanto **ao elemento lógico, concretamente relativo ao**

[3]Referindo que a "noção comum", desse conceito indeterminado, *"tem de confrontada com as qualificações que nos dá a disciplina dos direitos reais"* ***(in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, anotação ao artigo 203.º, páginas 40 e 41, § 47, Coimbra, 1999, Coimbra Editora)***.

[4]Opinião manifestada, por exemplo, por Paulo Pinto de Albuquerque ***(in Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª edição actualizada, anotação ao artigo 203.º, página 629, ponto 6, Lisboa, 2010, Universidade Católica Editora)***, com a qual não se pode concordar, ao referir que o conceito móvel não se pode confundir com a noção civilística diversamente e de forma contraditória da natureza alheia que deverá ser integrado pela lei civil ***(in obra citada, anotação ao artigo 203.º, página 630, ponto 14)*** não se compreendendo o diferente e arbitrário ***(pois nenhuma fundamentação de relevo é apresentada)*** critério entre os meios de interpretação dos dois elementos objectivos do tipo em apreciação.

elemento sistemático, que se manifesta através do contexto da lei e dos lugares paralelos.

O elemento sistemático, nas palavras do "Mestre" da interpretação compreenderá a *«consideração das outras disposições que formam o complexo normativo do instituto que se integra a norma interpretanda, isto é, que regulam a mesma matéria (contexto de lei), assim como a consideração de disposições legais que regulam problemas normativos paralelos ou institutos afins (lugares paralelos). Compreende ainda o "lugar sistemático" que compete à norma interpretanda no ordenamento global, assim como a sua consonância com o espirito ou unidade intrínseca de todo o ordenamento jurídico»*[5]. Tal autor acrescenta, ainda, que tal elemento interpretativo baseia-se no *«postulado da coerência intrínseca do ordenamento, designadamente no facto de que as normas contidas numa codificação obedecem por princípio a um pensamento unitário»*[6].

Por fim, e quanto ao recurso aos lugares paralelos o ilustre professor chama atenção que por vezes uma determinada questão idêntica é tratada pelo legislador em diferentes lugares do sistema, mas *«sucede com frequência que num desses lugares a fórmula legislativa emerge de forma mais clara e explícita»*[7].

Regressemos à análise da lei.

O crime de furto está inserido no Título II, da Parte Especial, do Código Penal, cuja epígrafe é: "Dos crimes contra o património".

No capítulo I, o legislador criou um artigo *(artigo 202.º)*, que têm como epígrafe "definições legais", que consubstancia uma importante ferramenta na interpretação das normas que constam desse título e que contém conceitos indeterminados, nessa norma definidos *(v.g. o conceito de "chaves falsas" em que o legislador estende a situações em que a chave é verdadeira mas é utilizada por quem não esteja legitimado a tal acção)*.

[5] *In Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 16ª reimpressão, Almedina, pág. 183.

[6] *In* ob. citada, pág. 183.

[7] *In* ob. citada, pág. 183.

Tal solução também foi encontrada noutro "lugar paralelo", concretamente através da criação do artigo 255.º, previsto no Título IV *(Dos crimes contra a vida em sociedade)*, Capítulo II *(Dos crimes de falsificação)*.

Ora, da análise dos dois títulos é possível perceber que sempre que o legislador achou necessário introduzir novas interpretações legais a dar a conceitos indeterminados, o fez. Assim foi no lugar sistemático em que o tipo de furto está inserido, como o fez no capítulo relativo aos crimes de falsificação. Portanto, se o legislador não criou um conceito próprio para coisa móvel para efeitos penais, como fez nas citadas normas excepcionais, *a contrario sensu* podemos concluir que foi porque não o quis.

Se o legislador não quis estabelecer um conceito próprio, não é o poder judicial que o deverá fazer, procedendo à construção de um novo conceito de coisa móvel. Tal possibilidade, a meu ver, lhe está subtraída, sob pena de violar o Princípio da Tipicidade *(vertente material do Princípio da Legalidade)*.

Não cabe ao intérprete aplicador do direito, do meu ponto de vista, construir conceitos novos que já vêm consagrados na lei. Tal entendimento colidiria, desde logo, com o teor do artigo 9.º, n.º 1, do Código Civil, que impõe ao julgador que reconstitua o pensamento legislativo *"a partir dos textos", "tendo sobretudo em conta unidade do sistema jurídico"*.

Logo entendo que o Tribunal, no seu processo interpretativo de delimitação do conceito indeterminado de coisa móvel previsto do artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal, não pode afastar a sua classificação nos termos do Código Civil, criando, assim, um novo conceito que extravasa o âmbito da interpretação, roçando a analogia *(analogia iuris)*, o que é manifestamente proibido pelo artigo 1.º, n.º 3, do Código Penal.

Parece não haver dúvidas que o problema em questão se prende com uma conceitualização extra-penal utilizada pelo legislador penal. Todavia, essa conceitualização não puramente acessória *(situação que será permitida, no entendimento do Professor Figueiredo Dias[8])*, ou seja, que desencadeia

[8] *In* Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime, Coimbra, 2007, Coimbra Editora, página 192, § 28.

directamente a incriminação, não admite o recurso à analogia, sob pena de violar em última instância, o artigo 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Entendendo não haver razões legítimas, fundamentadas e permitidas para afastar o recurso à noção civilística, nos dediquemos, agora à análise das normas civis.

A noção de coisa vem prevista no artigo 202.º, n.º 1, do Código Civil, compreendendo tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas *(o que parece não excluir a possibilidade da existência de coisa incorpóreas)*. Por sua vez o artigo 203.º daquele diploma codificado procede à classificação das coisas, mormente quanto ao carácter da mobilidade separando-as entre imóveis e moveis.

Nos artigos 204.º e 205.º o legislador civil distingue as coisas imóveis e móveis, sem que, contudo, construa uma definição capaz de as diferenciar. Assim, segundo os Professores Pires de Lima e Antunes Varela[9] o *"legislador não formula o conceito de coisas imóveis e móveis. Limita-se a fazer, no artigo 204.º, uma enumeração das coisas que engloba na primeira categoria, considerando móveis, por contraposição ou por via negativa, todas as demais (art. 205.º)"* explicam aqueles autores citando os trabalhos preparatórios do Código Civil que a razão inerente a tal opção se deveu ao facto de que era *"difícil definir rigorosamente qualquer das duas categorias e, por isso, as legislações têm fugido à formulação de conceitos. Aquelas palavras andavam evidentemente ligadas à ideia de que as coisas podem ou não ser transportadas de um lugar para o outro (...) Todavia, esta concepção, puramente física, não basta para o direito. Há uma necessidade de integrar, para muitos efeitos jurídicos, numa ou noutra categoria, coisas que fisicamente não são imóveis nem móveis, como os direitos, e, de uma maneira geral, as coisas imateriais, não corpóreas. Daí a tendência justificável das legislações para fazer, de preferência, uma enumeração das coisas imóveis sem, no conjunto as definir"*.

[9] *In Código Civil Anotado, Volume I*, 4.ª Edição Revista e Actualizada, anotação ao artigo 204.º, páginas 194 e 195, ponto 2, Coimbra, 1987, Coimbra Editora.

Ora, analisado o teor no artigo 204.º do Código Civil, encontramos, no seu número 1, alínea b), as águas, razão pela qual entendemos que não poderá ser visto como coisa móvel, já que, de acordo com o artigo 205.º daquele diploma, móveis serão *"todas as coisas não compreendidas no artigo anterior."*

Quanto à questão concreta das águas os Professores Pires de Lima e Antunes Varela[10], referindo que estas formam a segunda categoria dos imóveis, esclarecem que fica afastada a questão controvertida no domínio do Código de Seabra, sobre a natureza mobiliária ou imobiliária das águas. Mais esclarecem, os ilustres autores, que enquanto "não forem desintegradas da propriedade superficiária, por ou negócio jurídico, as águas são partes *componentes* dos respectivos prédios, tal como a terra, as pedras, etc.. Quando desintegradas, adquirem autonomia e são consideradas, de *per si*, imóveis" *(tal posição doutrinal não é, todavia, pacífica, como será analisado "infra").*

Assim, tendo em conta a unidade do sistema jurídico e às razões, fundadamente justificadas, apontadas quanto à técnica adoptada pelo legislador civil, ao não adoptar um critério totalmente equivalente com as regras da física entendemos que o critério utilizado para preencher o conceito de coisa móvel previsto no artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal deverá ser o previsto no Código Civil, não havendo nenhuma razão, na jurisprudência ou na doutrina, rigorosamente fundamentada, como *infra* analisar-se-á, para afastar tal entendimento.

Acresce, ainda, que o próprio legislador penal considerou as águas como bem imóvel, ao punir, como usurpação de coisa imóvel, o desvio ou represa de águas nas condições previstas no n.º 2, com recurso aos meios previstos no n.º 1, ambos do artigo 215.º do Código Penal.

Entendemos, assim, que o legislador penal, presumindo que consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, recorrendo ao carácter imóvel das águas, nos termos da lei civil, resolveu tutelá-las como bem imóvel, nos termos do artigo 215.º e não como bem móvel, nos termos do artigo 203.º, ambos do Código Penal.

[10] *In* ob. citada, anotação ao artigo 204.º, página 196, ponto 4.

A tese por mim defendida não foi acolhida pelo Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 26 de Outubro 2016, relatado pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Manuel Soares, no âmbito do processo número 149/14.2TAMAI.P2[11], que apreciou um recurso por mim interposto.

Sucede que tal aresto, em minha opinião, socorreu-se de argumentos nada convincentes, razão pela qual impõe-se proceder a uma análise crítica dos mesmos. Para tanto recorrerei, necessariamente, tal como tenho tentado fazer, à hermenêutica jurídica e ao que aquele acórdão chama de "tecnicismos jurídicos", pois entendo ser a forma mais científica e mais rigorosa para o contrariar.

Em meu entender, a jurisprudência emanada por aquele Tribunal caiu num erro inicial *(que não é a vontade de condenar o arguido a qualquer preço, diga-se em abono da verdade, até porque este foi absolvido por subsunção jurídica ao artigo 207.º,n.º 2, alínea b), do Código Penal, e consequente falta de legitimidade do Ministério Público na prossecução da acção penal)*: a necessidade de encontrar uma tutela penal, a todo custo, para a utilização abusiva de água.

A propósito do carácter imóvel ou móvel da água, referiu o Tribunal da Relação:

> *"O artigo 204º nº 1 al. b) do Código Civil (CC) qualifica "as águas" como coisa imóvel. Ao contrário do que acontece com as árvores, arbustos e frutos naturais, que o mesmo preceito autonomiza como coisas móveis quando deixam de estar ligadas ao solo (al. c) a contrario sensu), não há norma que dê diferente natureza jurídica à água, mesmo quando dividida e separada da sua unidade de origem. Ou seja, no limite, de acordo com esta interpretação, a água que tiramos da torneira e bebemos pelo copo será juridicamente uma coisa imóvel, porque tudo o que não é imóvel, é móvel: artigo 205º nº 1 do CC.*

[11] Única decisão, por mim conhecida, publicada integralmente sobre esta matéria, ***(in http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0e6e3ead4342892a8025806f00409546?OpenDocument)***, para além das duas decisões sumariadas nos Boletins do Ministério Justiça. n.os 332 e 388, relativamente a acórdãos proferidos, respectivamente, em 23 de Novembro de 1983, pelo Tribunal da Relação de Coimbra, e em 14 de Julho de 1989, pelo Tribunal da Relação do Porto ***(ambos admitindo que uma certa quantidade de água deve ser considerada como coima móvel)***.

Porém, como sabemos, a água, que é um bem da natureza, passível de utilização e transformação nas não de criação humana, pode ser dividida e destacada da unidade de que fazia parte e ser objecto de relações jurídicas às quais não se adequa minimamente o regime legal relativo à constituição e transmissão de direitos sobre coisas imóveis. Certamente ninguém deixaria de considerar absurdo que os negócios de transmissão de direitos sobre a água que está engarrafada para consumo humano estivessem sujeitos às exigências de forma de celebração de escritura pública ou documento particular autenticado. Esta dificuldade decorre do facto de as normas do direito civil que regulam a propriedade e utilização das águas particulares como bens imóveis (artigos 1385º e seguintes) e das do direito administrativo que regulam a titularidade e utilização das águas do domínio público (sobretudo as Leis 54/2005, de 15NOV e 58/2005, de 29DEZ), estarem concebidas para as águas que nascem, correm ou se depositam no solo, provenientes de nascentes ou da chuva e para as águas dos oceanos e não para porções de água individualizadas que são todos os dias objecto de relações jurídicas ou de facto.

Diz o Ministério Público no recurso que a norma penal que define o furto usa o conceito de coisa móvel com o sentido que lhe é dado pela lei civil. Por um lado porque quando o legislador penal quis definir conceitos de forma diferente do que resultaria da aplicação da lei civil, o fez expressamente (por exemplo nos artigos 202º e 255º do CP) e por outro lado porque atribuiu expressamente natureza de coisa imóvel à água, ao tutelar a propriedade sobre este bem com uma incriminação específica (artigo 215º nº 2 do CP). Qualquer destes argumentos não é decisivo.

Dizer que o conceito de coisa móvel previsto na incriminação do furto é o que está previsto na lei civil, de forma completamente desligada daquilo que é a percepção comum sobre o significado dessa expressão, cria dificuldades inaceitáveis. Nas situações de fronteira, em que os próprios juristas civis não se entendem sobre a qualificação de certa coisa como móvel ou imóvel, ou em que a sua qualificação civil não coincide minimamente com o seu significado comum (e aqui estamos a referir-nos, por exemplo, à água autonomizada em partes que podem ser objecto de comércio jurídico), seria absurdo concluir que

o legislador criou uma norma penal cujo conhecimento da ilicitude ou dos elementos objectivos do tipo exigisse uma licenciatura em direito. A percepção social sobre a ilicitude da subtracção de pinhas arrancadas das árvores ou de areia extraída de uma pedreira não necessita de conhecer a ressalva final da al. c) do nº 1 do artigo 204º do CC – que muda a natureza desses bens de imóveis para móveis – para representar que se trata de actos ilícitos de furto. Não pode deixar de ser a essa percepção social que a norma está dirigida, porque ela se destina a regular a vida comum de todas as pessoas; as que têm formação jurídica e as que não têm.

O facto de existir na lei um crime autónomo de usurpação de coisa imóvel, através do desvio ou represamento de águas, também não nos convence. Nada autoriza a concluir que o legislador quis englobar no artigo 215º nº 2 do CP todos os actos criminalmente relevantes que tivessem por objecto água. Esta norma está concebida para as águas desviadas ou represadas que estão de alguma forma ligadas ao solo ou ao seu meio natural. Se não fosse assim, ou seja, se pudéssemos concluir que a água da torneira de uma casa – por ser coisa imóvel, na tese do recurso – também estaria incluída nesta incriminação, então poderíamos ter de dizer que o represamento violento dessa água poderia constituir crime de usurpação de coisa imóvel, o que manifestamente cairia fora do âmbito de aplicação previsto para esta norma e seria até absurdo.

Mas a tese de que a água é sempre um bem imóvel para os efeitos da incriminação do furto, levaria a situações ainda mais incompreensíveis e que escapariam ao que é a percepção social sobre a ilicitude do furto. Pensemos, por exemplo, na pessoa que entra nas instalações de uma empresa de engarrafamento de água e se apropria da água já tratada e pronta a ser engarrafada para venda – não falamos dos recipientes mas apenas da água. Ou na pessoa que aproveita a ausência do vizinho e subtrai com uma mangueira a água armazenada no tanque de rega para encher a sua piscina particular. Não haveria aqui crime de furto por as águas são coisas imóveis?

Parece-nos que o significado de coisa móvel que consta na descrição do crime furto não pode ser equiparado em termos absolutos ao conceito de coisa móvel do direito civil.

Aliás, há outros casos em que a doutrina e jurisprudência (embora não de forma unânime, reconhecemos) aceitam que a apropriação é susceptível de integrar o crime de furto, mas em que o objecto dessa apropriação são bens que também não se incluem no conceito civil de coisas móveis. Pensemos, por exemplo, na apropriação de energias mecânicas como a electricidade, que não têm corporeidade mas podem ser consideradas coisas móveis se forem controláveis e quantificáveis – ver por exemplo o acórdão do TRP, de 24SET2009[3].

Na anotação ao artigo 215º, § 12, do Comentário Conimbricence do Código Penal, considera-se que a separação das águas da massa complexiva ligada a um prédio ou terreno retira o carácter imobiliário às mesmas, passando a ser coisas móveis susceptíveis de crime de furto. Também na anotação ao artigo 203º, § 48, se considera que coisas - no sentido corrente de objectos corpóreos susceptíveis de deslocação no espaço – que sejam partes integrantes, ou mesmo componentes de coisas imóveis, desde que destacadas e autonomizadas, passam a ser coisas móveis susceptíveis de apropriação para preenchimento do crime de furto.

É também este o nosso entendimento no que respeita à água que corre nas canalizações de abastecimento público. Trata-se de um bem com valor económico, controlável e quantificável, com autonomia em relação ao seu meio de origem, que para efeitos penais se integra no conceito de bem móvel."

Em primeiro lugar parece existir concordância entre a tese exposta e a defendida naquele acórdão de que o legislador penal, seguindo a linha de raciocínio do legislador civil considerou "**alguma água**" como bem imóvel, pois no caso contrario não existiria uma conduta tipificada no artigo 215.º, n.º 2, do Código Penal, cuja epígrafe é "Usurpação de coisa imóvel".

No entanto, considera, aquele Tribunal Superior, se bem interpreto o teor do aresto proferido, que só a água que corre num leito é que seria tutelada por tal preceito penal e como tal só essa seria idónea de ser considerada imóvel. Não sendo a questão principal que me preocupa no momento, tenho tendência a concordar com tal posição assumida, porquanto as palavras

"desviar" e "represar" apontam no sentido de mudança de algo que corre num determinado sentido.

A divergência aparece quanto à restante água e concretamente, quanto àquela que se encontra num circuito de canalização. A jurisprudência em questão recorreu a argumentos como o "significado comum", e a necessidade de uma licenciatura em direito para compreender o raciocínio exposto no recurso que a originou, **utilizando exemplos práticos que merecem "tutela penal" e concluindo com duas citações doutrinais, sem qualquer análise crítica das mesmas, como se de fonte imediata de direito se tratassem, contrariando o disposto no artigo 1.º do Código Civil.**

Salvo o devido respeito, uma sentença/acórdão não deve fundamentar uma determinada posição por remissão para um determinado comentário doutrinal, que, do nosso ponto de vista carece de fundamentação suficiente como *infra* explicaremos *(nos referimos concretamente ao comentário do Exmo. Sr. Professor José Manuel Damião da Cunha[12])*, ou para outro que não se refere à mesma situação fazendo um raciocínio *mutatis mutandis* contrário à lei[13].

Tal como foi referido anteriormente, não há dúvidas que as águas ligadas ao solo são consideradas coisa imóvel.

Questionável será, para alguns, se a água depois de separada do solo perde ou não essa característica passando a ser considerada como bem móvel.

De acordo com o Supremo Tribunal de Justiça em acórdão publicado em Janeiro de 1970, no BMJ, n.º 192, página 243, citado *apud* por Heinrich Ewald Hörster[14] pressuposto *"essencial de uma classificação como coisa imóvel é a incorporação no solo de qualquer edifício ou construção, sendo certo que a base da destrinça entre coisas móveis ou imóveis é a circunstância de poderem ou não ser transportadas de um para outro lugar sem se deteriorarem … A incorporação no solo*

[12] *In Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, anotação ao artigo 215.º, páginas 263 e 264, § 12, Coimbra, 1999, Coimbra Editora.

[13] Nos referimos concretamente ao comentário do Exmo. Sr. Professor José de Faria Costa in ob. citada, anotação ao artigo 203.º, páginas 41, § 48, Coimbra, 1999, Coimbra Editora.

[14] *In A Parte Geral do Código Civil Português*, Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª Reimpressão da Edição de 1992, Almedina, pág.184.

supõem uma ligação material por meio de alicerces ou colunas" referindo-se ao caso concreto das casas desmontáveis atribuindo, assim, a carácter móvel desse tipo de construções *(raciocínio que colide com o conteúdo dos trabalhos preparatórios do Código Civil)*.

Aplicado tal raciocínio às águas teríamos de concluir, forçosamente, que a água que corre no leito dos rios seria móvel, por não se deteriorar, contrariando, seguramente, o teor do artigo 204.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil.

Mas outros autores civilistas têm defendido a qualificação das águas como coisa móvel quando "destacadas" do solo. Tal posição foi defendida por José de Oliveira Ascensão, ao qualificar como fruto a água separada de um reservatório[15], por Pedro Pais de Vasconcelos[16] e Mário Tavarela Lobo *(talvez o autor que mais tenha escrito em Portugal sobre as águas na vigência do Código Civil de 1966)*[17].

Cumpre referir que, do meu ponto de vista, é questionável se tal raciocínio foi o pretendido pelo legislador. É um facto que é compreensível a tese de que a água destacada do leito dos rios ou do prédio *(em sentido amplo)* em que estava inserida adquiriria natureza de bem móvel. Tal entendimento resolveria a questão colocada pelo Tribunal da Relação do Porto, na jurisprudência *supra* elencada quanto à (in)exigência de forma na transmissão de direitos reais. Neste âmbito, compreende-se, igualmente, a tese do Professor Oliveira Ascensão[18] ao dar o mesmo enquadramento dos frutos relativamente às parcelas de água. Todavia, entendemos que tais entendimentos colidiriam desde logo com a letra da lei[19].

De acordo com o artigo 204.º do Código Civil, as águas são imóveis como são as árvores os arbustos e os frutos naturais. Sucede que, quanto aos três

[15] *In Direito Civil, Teoria Geral, Introdução, As Pessoas, Os Bens,* 2.ª Edição, Coimbra Editora, pág. 362.

[16] *In Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, 2007, Almedina, pág. 223.

[17] *In Manual do Direito de Águas, Volume I*, 1989, págs. 10 e 12 e Volume II, 2.ª Edição Revista e Ampliada, Coimbra Editora, pág. 476**.**

[18] *In* ob. citada.

[19] De resto o ponto de partida para da interpretação, como refere João Baptista Machado ***(in ob. citada, pág. 182)***.

últimos, a natureza imóvel só permanece enquanto estiverem ligados ao solo. Ora, o legislador não impôs o mesmo requisito às águas.

Outra possibilidade seria subsumir a água à previsão legal da alínea e), do aludido artigo entendendo-se que a água é imóvel enquanto parte integrante do prédio. Todavia, este argumento colidiria com o teor do número 3 do artigo 204.º que refere que as partes integrantes são móveis mas ligadas materialmente aos prédios com carácter de permanência. Assim, somos obrigados a afirmar que a água apenas seria considerada como imóvel, enquanto coisa ligada materialmente aos prédios com carácter de permanência se ela fosse *de per si* móvel. Todavia, é o próprio legislador que a qualifica como imóvel.

Até acredito na bondade da doutrina que defende que o carácter imóvel se extinguiria no momento da separação *(tal solução até resolveria, em abono da verdade, uma série de problemas jurídicos apontados pela jurisprudência em análise)*. No entanto, não vejo nela uma coerência interpretativa suficiente na conjugação dos preceitos previstos nas alíneas b), c), e), do n.º 1, e no n.º 3 do artigo 204.º do Código Civil.

Em oposição, perfilho o raciocínio de Antunes Varela e Pires de Lima quando referem que enquanto "não forem desintegradas da propriedade superficiária, por negócio jurídico, as águas são partes *componentes* dos respectivos prédios, tal como a terra, as pedras, etc.. Quando desintegradas, adquirem autonomia e são consideradas, de per si, imóveis"[20].

Assim, concluindo que só as coisas móveis podem ser consideradas qualificadas como partes integrantes, reforça a posição, por mim defendida, de que a água continua sendo imóvel após a sua separação, já que antes seria

[20] Considerando o conceito de "desintegrada" como separada ou destacada do solo. Neste âmbito, é preciso não confundir a noção de parte "componente" e parte "integrante". A meu ver, embora o legislador não os tenha definido ***(deixando o preenchimento do conceito em termos linguísticos)***, estabeleceu diferenças entre os conceitos de "parte componente" e "parte integrante" ***(v.g. artigos 408.º, n.º 2, 880.º, n.º 1, e 1337.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil – atribuindo direitos diferentes já que as partes componentes podem ser objecto de direitos reais – artigos 1377.º, alínea a), 1524 e 1528.º, todos do Código Civil)***. Acresce, ainda, que as partes integrantes são *de per si* móveis, mas as partes componentes podem ser móveis ***(caso das terras e pedras)*** ou imóveis ***(caso da águas e das árvores arbustos e frutos, estes três últimos quando estiverem ligados ao solo)***.

parte componente *(e não integrante)* do prédio onde estaria inserida *(artigo 204.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil)*.

Mas, não se perfilhando a tese defendida urge responder se a água canalizada se separa, ou não do solo?

Tem sido entendimento pacífico na doutrina, segundo Mário Tavarela Lobo[21], de que os "*meios de contenção e condução de água, naturais ou artificiais, sempre que se liguem materialmente ao solo com caracter de permanência*" têm natureza imobiliária, enquanto *"partes integrantes do prédio ao qual prestam o serviço que lhes é inerente ou específico"*. Tal entendimento, a nosso ver, tem acolhimento legal expresso no já outrora citado artigo 204.º, n.º 1, alínea e) e n.º 3, do Código Civil.

Assim, se defendermos o entendimento de que a água só mantém o seu carácter imobiliário enquanto estiver ligada ao solo *(entendimento que em termos de direito constituído tenho muita dificuldade em aceitar)*, cumpre-nos questionar o momento em que aquela sai do solo.

Como foi referido parece unânime que o sistema de canalização, desde que ligado ao solo com carácter de permanência, é parte integrante do prédio *(artigo 204.º, n.º 3, do Código Civil)* e consequentemente considerada imóvel *(artigo 204.º, n.º 1, e), do Código Civil)*, assim como serão os reservatórios. A ser assim, temos que concluir, forçosamente, que a água que se encontra parada nos reservatórios, bem como a que se movimenta através do sistema de canalização tem que ser considerada imóvel. Pois se a água que se move através do leito dos rios, que se encontra no solo, é imóvel, também será a água que se move através do sistema de canalização, que se encontra também no solo *(sistema que é considerado imóvel como parte integrante)*.

Tal raciocínio que, do meu ponto de vista, tem que ser considerado por quem defenda que a água só mantém o seu caracter imobiliário enquanto ligada ao solo, conduz necessariamente à seguinte conclusão: só com a retirada de uma certa quantidade de água, seja do reservatório ou do sistema

[21] *In* ob. citada, Volume I, páginas 9 e 14.

de canalização é que a água ganha o seu carácter mobiliário, pelo que até esse momento é coisa imóvel.

Enquanto coisa imóvel a "propriedade" inerente não pode ser tutelada pelo crime de furto, uma vez que não está preenchido o requisito mobiliário que o artigo 203.º, n.º 1 exige. A característica mobiliária da água *(no raciocínio que se pretende expor)* só surge depois de uma actuação do agente.

Ora, entendo, ao contrário do entendimento de Carlos Alegre citado *apud* por José António Barreiros[22], que o agente não poderá ser punido por uma acção que se reflecte num objecto que só adquire a característica idónea a preencher o tipo após a consumação do "crime" *(possibilidade que colidiria, necessariamente com a punibilidade da tentativa no caso do crime de furto – artigo 203.º, n.º 2, do Código Penal)*. De outro modo, o nascimento daquela característica não pode ser superveniente à acção do agente e existir por acto voluntário deste[23].

Assim, numa situação em que o Tribunal consiga provar que uma pessoa subtraiu uma determinada quantidade de água que se encontrava no sistema de canalização da sua casa, em virtude deste ter sido inundado pela água que corria no sistema público de canalização, decorrente da instalação de uma ligação directa, tal situação não poderá ditar uma condenação. Isto porque, essa água, a meu ver, continuará a manter o seu carácter imóvel, quanto mais não seja, por correr no sistema de canalização, que se encontra integrado no solo, só podendo perder a sua natureza imobiliária depois de acondicionada em um reservatório que não esteja ligado ao solo com caracter de permanência *(ex: bacias, garrafas e copos)*. No caso de a água sair da torneira e voltar a entrar no sistema de captação de águas residuais, tenho muitas dúvidas que se possa sustentar que a água adquire natureza móvel.

[22] *In Crimes Contra o Património*, 1996, Lisboa, Universidade, Lusíada, página 27.

[23] Ex: Um agente que provoca a morte de um feto não pratica o crime de homicídio previsto e punível pelo artigo 131.º do Código Penal, mas o crime de aborto, previsto e punível pelo artigo 140.º do Código Penal.

Pelo raciocínio exposto, entendo que, através de vários caminhos temos que concluir que não existem argumentos suficientes elencados pelo Tribunal da Relação do Porto para afastar a natureza imobiliária da água.

b) Do carácter alheio da coisa:

Outro dos elementos necessários ao preenchimento do crime de furto é o carácter alheio da coisa. Significa, assim, que não podem ser objecto do crime de furto as coisas que não sejam de outrem. Na maioria dos casos, as coisas que são alheias não são próprias. Todavia, há casos em que as coisas não são próprias, mas também não são alheias. Nas palavras de José de Faria Costa[24] *«nem todo o universo das coisas não próprias tem o carácter alheio. Estão indubitavelmente neste campo todas as communes omnium ou aquelas que não pertencem a ninguém ("res nullius"). O que faz, bom é de ver, que a apropriação de coisas pertencente aos dois universos que por último enunciamos ("res communes omnium" e "res nullius") não preenche o crime de furto porque, justamente, tal conduta intencional se não objectiva em coisa alheia».*

Tal como referi, relativamente ao conceito de coisa móvel, entendo que o conceito indeterminado de coisa alheia deverá ser integrado pelas regras do direito civil[25].

Esclarece o artigo 202.º, n.º 2, do Código Civil que consideram-se fora do comércio *"todas as coisas que não podem ser objecto de direitos privados, tais como as que se encontram no domínio público e as que são, por sua natureza, insusceptíveis de apropriação"*.

De acordo com o artigo 84.º da Constituição da República Portuguesa, pertencem ao domínio público as *"águas territoriais com os seus leitos e os fundos marinhos contíguos, bem como os lagos, lagoas e cursos de água navegáveis ou flutuáveis, com os respectivos leitos"*.

[24] *In* ob. citada, anotação ao artigo 203.º, página 41, § 49.

[25] Raciocínio também defendido por Teresa Pizarro Beleza ***(in "Direito Penal, 2.º Volume", reimpressão 2003, Lisboa, AAFDL, página 170)*** e por Paulo Pinto de Albuquerque ***(in obra citada, anotação ao artigo 203.º, página 630, ponto 14)***

Nessa senda, de modo a concretizar a norma paramétrica citada, múltipla legislação tem sido aprovada de modo a definir a titularidade e exploração dos recursos hídricos, citada, diríamos, de forma exaustiva no artigo escrito por Rogério Gomes Osório[26], que seguimos de perto.

A Lei n.º 54/2005, de 15 de Novembro estabelece a titularidade dos recursos hídricos. De acordo com o seu artigo 2.º, o domínio público hídrico compreende o domínio público lacustre e fluvial. De acordo com o artigo 6.º o domínio público lacustre e fluvial pertence ao Estado *(já que se situa em território continental e não se situa exclusivamente na área de um município)*.

A mesma lei estabelece a possibilidade de existirem águas patrimoniais e águas particulares *(artigo 18.º)*. As águas patrimoniais serão os recursos hídricos que não pertencerem ao domínio público, podendo, dessa maneira, ser objecto do comércio jurídico privado e sendo, então, regulados pela lei civil *(artigo 18.º, n.º 1)*. Os recursos hídricos patrimoniais, se pertencerem a entes privados são designados como recursos hídricos particulares *(artigo 18.º, n.º 2)*, sendo, em regra, os que sejam caracterizados pela lei civil e não devam considerar-se integrados no domínio público *(artigo 18.º, n.º 3)*.

É por fazer parte do domínio público que o Estado, não procedendo a uma desafectação, não pode vender a água dos rios mas poderá, enquanto meio de gestão, concessionar a utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público, de acordo com a Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro. Segundo o artigo 59.º, n.º 1, da aludida lei, considera-se utilização privativa dos recursos hídricos do domínio público *"aquela em que alguém obtiver para si a reserva de um maior aproveitamento desses recursos do que a generalidade dos utentes ou aquela que implicar alteração no estado dos mesmos recursos ou colocar esse estado em perigo"*.

O n.º 2 do referido preceito estabelece que o *"direito de utilização privativa de domínio público só pode ser atribuído por licença ou por concessão qualquer que seja a natureza e a forma jurídica do seu titular, não podendo ser adquirido por usucapião ou por qualquer outro título"*. Por sua vez, o artigo 61.º, n.º 1, alínea a),

[26] O crime de furto – um contributo para a análise de uma nova realidade" ***(in Revista da Ordem dos Advogados. – Ano 75 (Jul. / Dez. 2015) e in http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/penal/rogerioosorio_crimefurto.pdf)***.

da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, refere que a captação de água para abastecimento público está sujeita a concessão, que não pode ultrapassar os setenta e cinco anos *(artigo 68.º, n.º 6)*, não se prevendo, como não podia deixar de ser, que a propriedade da água passe para a esfera jurídica do concessionário.

À mesma conclusão se chega da análise da Lei dos Serviços Públicos, aprovada pela Lei n.º 23/96, de 26 de Julho *(que, no artigo 1.º, n.º 2, alínea a), faz alusão ao fornecimento de água e não venda de água)*, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto *(que regula os serviços municipais de abastecimento público de água, saneamento e resíduos urbanos)*, do já revogado Decreto-Lei n.º 70/90, de 2 de Março, do Decreto-Lei n.º 23/95, de 23 de Agosto, do Decreto-Lei n.º 306/2007, de 27 de Agosto e do Decreto-Lei n.º 226-A/2007, de 31 de Maio.

Assim, tendo em conta que os sistemas de abastecimento municipal são provenientes da captação da água dos rios, entendo que os municípios, de acordo com o enquadramento legal vigente, não adquirem, nem podem adquirir, água às empresas que fazem a captação desta, mas, ao invés, apenas utilizam o serviço de tratamento de água que é disponibilizado pelas empresas concessionárias que procedem à captação e tratamento daquela, ficando, naturalmente, essa quantidade de água armazenada em cisternas[27].

Os municípios não procedem ao pagamento por aquisição da água, mas pela utilização de uma certa quantidade de água já tratada, sendo esse o serviço prestado pela empresa concessionária, que possibilita, posteriormente, que a respectiva autarquia local possa prestar o serviço de distribuição aos munícipes, repercutindo neles, através do pagamento de uma

[27] Discordando, novamente, com Paulo Pinto de Albuquerque que apesar de considerar a água dos rios como *res commune omnium* considera alheia a que fica guardada em cisternas ***(In ob. citada, anotação ao artigo 203.º, página 631, ponto 14, citando José António Barreiros in Crimes Contra o Património, página 31, Universidade Lusíada, Lisboa, 1996)***, pelo facto de entender que a "relação dominial" dependerá de um direito de propriedade inerente. Note-se, a título de exemplo que o legislador tipificou a acção relativa à subtracção de cadáver, no tipo previsto no artigo 254.º do Código Penal, em virtude de, apesar de estar no domínio da família, ser, pela sua natureza insusceptível de apropriação individual nos termos do artigo 202.º, n.º 2, do Código Civil.

taxa, os custos inerentes a essa distribuição, e de acordo com a quantidade, por cada um, consumida.

Pelos argumentos expostos, entendo não estar preenchido, também, o carácter alheio da coisa, razão pela qual não estão preenchidos, a meu ver, os elementos objectivos do crime de furto.

Essa conclusão não foi sufragada, também, pelo já citado acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Todavia, manifesto, mais uma vez, a minha discordância com o raciocínio ali exposto, quanto a este aspecto, pelas razões *infra*.

Parece evidente, do meu ponto de vista, que **o bem jurídico protegido** pelo tipo incriminador do artigo 203.º é a **propriedade**. Tal conclusão se alcança tendo presente o capítulo em que está inserido: "Capítulo II, Dos crimes contra a propriedade".

A jurisprudência analisada admite que, nem o Estado, no sentido estrito do direito civil, nem a empresa que faz a captação, nem o Município da Maia *("ofendido" naqueles autos)*, têm a propriedade da água.

Todavia, entende que a utilização sem contrapartida por um munícipe tem que ser tutelada em termos penais.

Com efeito, José de Faria Costa[28] vem estender o bem jurídico à "especial relação de facto sobre a coisa", razão pela qual parece-me que diga, também, que será alheia, *"toda a coisa que esteja ligada, por uma relação de interesse, a uma pessoa diferente daquela que pratica a infracção"*[29]. Contudo, mais uma vez a jurisprudência em questão peca por insuficiência de fundamentação remetendo para um comentário doutrinário como se de fonte imediata de direito se tratasse *(repita-se violando o artigo 1.º do Código Civil)*, já que não explica o raciocínio que é efeito em termos interpretativos para chegar à mesma conclusão do ilustre académico.

[28] *In* ob. citada, anotação ao artigo 203.º, página 30, § 21

[29] *In* ob. citada, anotação ao artigo 203.º, página 41, § 49

Ainda que admitamos *(tendo em conta a elasticidade do direito de propriedade)* que se possa estender a tutela, mormente no que concerne ao direito de apresentação de queixa, ao detentor e/ou ao usufrutuário da coisa, e, desse modo, proteger outros "direitos reais" para além da propriedade, penso que teremos que concluir, forçosamente, que essa protecção terá a sua génese na propriedade *(o verdadeiro bem jurídico protegido pela norma)* e que, sem a existência dela, jamais os outos direitos serão passiveis de protecção. Assim, se partimos da premissa de que a água faz parte do domínio público, ou, como diz o citado aresto, que a água não é "propriedade do Estado, com o sentido estrito do direito civil", entendo não cair no âmbito de protecção da norma a simples detenção ou usufruto[30] uma vez que estão desacompanhados do verdadeiro bem jurídico protegido pelo tipo incriminador.

Contudo, cumpre realçar que me parece que o Tribunal da Relação do Porto estendeu em demasia o âmbito do direito do usufruto que é estabelecido, através do contrato de concessão, a favor da empresa que, naquela situação factual em apreciação, faz a extracção da água. Parece, da análise artigo 59.º, n.º 1, da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, que o usufruto em questão é circunscrito à exclusividade na captação da água e no proveito económico que daí pode tirar no fornecimento de água e nada mais.

Deste modo, continuo a afirmar que um agente que procede à instalação de uma ligação directa de fornecimento de água, abre uma torneira e acondiciona uma certa quantidade de água num recipiente não ligado ao solo, não cometerá o crime de furto previsto no artigo 203.º. n.º 1, do Código Penal, uma vez que, como a água pertence ao domínio público, não está preenchido o conceito de coisa alheia[31].

---

[30] Concordando com Sandra Cristina Pereira Guerreiro ***(in "A natureza jurídica do direito de utilização privativa do domínio público hídrico: entre o direito obrigacional e o direito real administrativo" página 247, artigo inserido na obra "Direito da Água", publicada pela Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa disponível em formato "e-book" no "link"*** *https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/curso_tecnico_3.pdf)*, quando qualifica o direito resultante do contrato de concessão como usufruto, ainda que subordinado às regras do direito administrativo.

[31] Refira-se que mesmo a concepção do Professor Faria Costa ***(a mais ampla da protecção do tipo legal de furto)*** não colidirá com o raciocínio por mim defendido ***(neste âmbito ver a reflexão acerca da fragmentalidade de primeiro e segundo graus in ob. citada, anotação ao artigo 203.º, página 32, § 48).***

IV. Da legitimidade do Ministério Público na prossecução da acção penal

Mas admitindo a possibilidade da subsunção da subtracção de água decorrente da instalação de ligações directas à canalização do sistema público de abastecimento de água, ao crime de furto, previsto e punível pelo artigo 203.º, n.º 1 do Código Penal, entendo tecer algumas considerações sobre a legitimidade do Ministério Público na prossecução da acção penal.

Ora, o crime de furto tem natureza semi-pública (*artigo 203.º, n.º 3)*. Assim, o Ministério Público só poderá promover o processo se for apresentada queixa *(artigo 49.º, n.º 1, do Código de Processo Penal)*.

O direito de queixa pertence ao ofendido, "*considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação" (artigo 113.º, n.º 1, do Código Penal)*.

Cumpre então esclarecer quem é o titular do interesse que a lei quis proteger com a incriminação pelo que, antes de esclarecer quem é o titular desse interesse, há que clarificar qual o interesse subjacente ao crime de furto.

Tal como foi referido anteriormente o bem jurídico inerente ao crime de furto é a propriedade, pelo que seria o titular do "direito de propriedade" o ofendido. No caso do abastecimento público de água, uma vez que esta é proveniente dos rios, o ofendido não poderia ser outro que não o Estado *(artigo 6.º, n.º 1, da Lei 54/2005, de 15 de Novembro)*.

É verdade que se admitirmos a concepção de José de Faria Costa ao defender que o bem jurídico protegido pelo tipo incriminador é a *disponibilidade da fruição das utilidades da coisa com um mínimo de representação jurídica*[32] então poderíamos, em abstracto, admitir que o ofendido poderia ser o usufrutuário ou mesmo o município onde ocorresse a subtracção de água em resultado da instalação de uma ligação directa. Todavia, seria preciso

[32] In ob. citada, anotação ao artigo 203.º, página 33, §25.

demonstrar o modo como essa fruição de utilidade ficou afectada, o que só seria atingível com a análise dos vários instrumentos legais/contratuais entre o Estado e os outros intervenientes *(empresas concessionárias de captação de águas e os municípios)* e não com meras suposições tal como, na maioria dos casos, o Ministério Público e Tribunais têm feito.

V. Conclusão

A maior crítica tecida quanto a concepção por mim defendida relativamente a esta matéria é a de que uma solução deste tipo conduz, necessariamente, à impunidade, o que é inconcebível!

Não posso concordar com tal argumentação que não tem qualquer carácter científico e rigor jurídico.

Em primeira linha, entendo que o Ministério Público poderia e deveria ponderar a subsunção da instalação de ligação directa de água ao crime de quebra de marcas e selos, previsto no artigo 356.º do Código Penal[33]. É evidente que tal subsunção jurídica implica que se faça prova da efectiva autoria da ligação efectuada, o que poderá levantar problemas processuais complexos.

Ainda que assim não se entendesse, sempre o município em questão poderia ser tutelado em termos civis através, eventualmente, da responsabilidade extracontratual *(artigo 483.º e seguintes do Código Civil)* ou, no limite através do ressarcimento com base no instituto do enriquecimento sem causa *(artigo 473.º e seguintes do Código Civil)*[34].

O que me parece evidente é que o nosso direito penal constituído não admite a subsunção jurídica dos factos relativos à instalação de ligação directa de fornecimento de água, ao tipo incriminador de furto, previsto e

[33] Poder-se-ia dizer que tal possibilidade estaria vedada a alguns municípios como Lisboa, Porto e Vila Nova de Gaia, que não possuem Serviços Municipalizados de Água e Saneamento, mas sim Empresas Municipais criadas para o mesmo fim. Todavia, tendo em consideração a noção de funcionário prevista no artigo 386.º, n.º 2 do Código Penal entendo que tal restrição não é de operar.

[34] Solução civil mais correcta, do meu ponto de vista, não olvidando as dificuldades inerentes à aplicação de tal instituto.

punível pelo artigo 203.º, n.º 1, do Código Penal, por não preencherem essa previsão legal e porque o nosso ordenamento jurídico-penal é balizado pelo Princípio da Tipicidade. Se o legislador achar que o tipo de conduta ilícita elencado não é devidamente tutelado pelos institutos supra referidos então caber-lhe-á criar uma norma que, do seu ponto de vista, seja idónea a tutelar de modo mais eficiente o bem jurídico em questão[35].

Enquanto isso não ocorre, caberá ao julgador *(não visto como o Juiz de Montesquieu ou Beccaria, na concepção de mera "boca da lei")* proceder à interpretação da lei reconstruindo *o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico* e não recorrendo a preenchimentos conceituais arbitrários, fundamentando tal actuação na procura por uma segurança jurídica concretizada na "cega" uniformização de entendimentos, pondo em causa textos legais *(tais como a "Magna Charta Libertatum" de 1215, a "Bill of Rights" de 1689 ou a nossa Constituição de 1976)* que ajudaram a construir a tal almejada segurança jurídica dos cidadãos.

O direito natural, na sua concepção mais ampla, era, a maior parte das vezes, o fundamento utilizado pelo *Estado Polícia* do *Ancien Régime*, por um lado, e dos Estados Totalitários/Autoritários, por outro, para se fazer justiça.

O Princípio da Legalidade, que inclui a sua vertente material, conhecido como Princípio da Tipicidade, funciona e deverá funcionar, sempre, como travão do direito natural. E não se diga que tal raciocínio constitui a "Magna Charta do criminoso", já que um cidadão mais hábil tenderia a contornar a lei[36]. Como bem refere Jorge de Figueiredo Dias, por um lado *um agente não é, em definitivo um criminoso se não for como tal considerado por uma sentença passada em julgado* e por outro um eventual contorno à lei constitui *um razoável preço a pagar para que possa viver-se numa democracia que proteja*

[35] Tal como foi feito em França e na Alemanha para as ligações clandestinas de energia eléctrica ***(vide José de Faria Costa, in ob. citada, anotação ao artigo 203.º, páginas 39 e 40, §44, Jorge de Figueiredo Dias, in ob. citada, página 188, § 21, e Américo Alexandrino Taipa de Carvalho, in "Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime", 2.ª Edição, 2008, Coimbra Editora, página 168 e 169, § 319)***.

[36] Questão problematizada por Jorge de Figueiredo Dias *in* ob. citada, página 180 e 181, § 6.

minimamente o cidadão do arbítrio, da insegurança e dos excessos que de outro modo inevitavelmente padeceria a intervenção do Leviathan estadual[37].

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª edição actualizada, Lisboa, 2010, Universidade Católica Editora
- Ascensão, José de Oliveira, *Direito Civil, Teoria Geral, Introdução, As Pessoas, Os Bens*, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora.
- Barreiros, José António, *Crimes Contra o Património*, 1996, Lisboa, Universidade, Lusíada.
- Beleza, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2.º Volume, reimpressão 2003, Lisboa, AAFDL.
- Carvalho, Américo Alexandrino Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2.ª Edição, Coimbra, 2008, Coimbra Editora.
- Costa, José de Faria, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, anotação ao artigo 203.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 1999, Coimbra Editora
- Cunha, José Manuel Damião, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, anotação ao artigo 215.º, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 1999, Coimbra Editora
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime*, Coimbra, 2007,Coimbra Editora
- Guerreiro, Sandra Cristina Pereira, *A natureza jurídica do direito de utilização privativa do domínio público hídrico: entre o direito obrigacional e o direito real administrativo*, in "Direito da Água", publicada pela Entidade Reguladora dos Serviços de Água e Resíduos em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (disponível em formato *e-book* no *link* https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files

/curso_tecnico_3.pdf)

[37] *In* ob. citada, página 181, § 6.

- Hörster, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Reimpressão da Edição de 1992, Almedina.
- Lima, Pires de, e Varela, João de Matos Antunes, *Código Civil Anotado, Volume I, 4.ª Edição Revista e Actualizada*, Coimbra, 1987, Coimbra Editora
- Lobo, Mário Tavarela, *Manual do Direito de Águas, Volume I*, 1989, Coimbra, Coimbra Editora,
- Lobo, Mário Tavarela, *Manual do Direito de Águas, Volume II*, 2.ª Edição Revista e Ampliada, Coimbra, Coimbra Editora,
- Machado, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 16ª reimpressão, Almedina,
- Osório, Rogério Gomes, *O crime de furto – um contributo para a análise de uma nova realidade*, (*in* Revista da Ordem dos Advogados. – Ano 75 (Jul. / Dez. 2015) e in http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/penal/rogerioosorio_crimefurto.pdf).
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, 2007, Almedina.

Diego Brito
Procurador-Adjunto

Data Venia
Ano 5 ● N.º 07 [pp. 177-190]

Transtorno de Estresse Pós-Traumático

Ana Clélia de Freitas
Médica
Pós-Graduada em Direito Criminal
Pesquisadora em Biodireito

Resumo:
O Transtorno de Estresse Pós-Traumático é um distúrbio de elevada importância na atualidade, pelo risco em potencial para qualquer indivíduo, face à exposição a uma enorme quantidade de eventos potencialmente estressores, devido ao estilo de vida cotidiano e à complexidade de fatores envolvidos na sua gênese e desenvolvimento, exigindo um trabalho interdisciplinar de psicólogos, psiquiatras, neurologistas, clínicos e outros profissionais da área de saúde.

Este estudo faz uma revisão do conceito de TEPT, segundo o DSM-IV, a etiologia e neurofisiologia do mesmo, os sintomas e sinais específicos para o seu diagnóstico e a abordagem terapêutica atual, analisando ainda casos especiais de TEPT: a ocorrência do transtorno em policiais após o ataque de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos e o TEPT em crianças.

Transtorno de Estresse Pós-Traumático

Ana Clélia de Freitas
Médica
Pós-Graduada em Direito Criminal
Pesquisadora em Biodireito

Introdução

O evento estressor desencadeante do Transtorno de Estresse Pós-Traumático deve possuir magnitude tal que potencialize o desenvolvimento de um conjunto de reações neurofisiológicas intensas em qualquer indivíduo. Quando essas reações enquadram-se no conjunto de sinais e sintomas correspondentes à sindrome descrita no DSM-IV, tem-se caracterizado o Transtorno de Estresse Pós-Traumático.

A despeito da elevada prevalência do TEPT, com base nos novos critérios diagnósticos do DSM-IV, ainda há muito a ser estudado sobre essa síndrome. Atualmente, a taxa de prevalência do TEPT é estimada em 1-3%, em média, chegando em alguns estudos à cifra de 5-15%. Em países do Terceiro Mundo, é de extrema importância o reconhecimento desse quadro, pela elevada exposição dos indivíduos a eventos estressores potencialmente traumáticos (como a violência urbana, os acidentes automobilísticos, etc.) e o acesso limitado da maioria da população aos recursos de tratamento e apoio à saúde mental. No Brasil, houve recentemente relatos de ocorrência de casos de TEPT após a ida de tropas do Exército ao Haiti, em missão de paz coordenada pela ONU, devido à violência urbana, a miséria extrema e o clima generalizado de guerra civil enfrentado pelos militares brasileiros naquele país.

O presente trabalho busca realizar uma revisão do conceito, diagnóstico e tratamento do TEPT e estudar as bases neurobiológicas e aplicações práticas do atual conhecimento científico sobre o mesmo.

I. Conceito

O Transtorno de Estresse Pós-Traumático, antigamente chamado de síndrome do coração irritável, neurose de combate ou fadiga operacional, é classificado pelo DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 1994) como um transtorno de ansiedade específico ao desenvolvimento de sintomas que ocorrem após a exposição a um incidente crítico e traumático. Esses eventos estão relacionados a morte, ameaça de morte, dano à integridade física ou mental ou lesões traumáticas e incluem experiências de combate, catástrofes naturais, agressão física, estupro e acidentes graves (como acidentes automobilísticos e incêndios em edifícios).

O TEPT consiste em uma síndrome composta da tríade:

1. Revivência do trauma através de sonhos e de pensamentos durante o estado vigil;

2. Evitação persistente de estímulos associados ao trauma e embotamento da resposta a essses indicadores;

3. Hiper-excitação persistente.

Sintomas associados incluem: fadiga, agressividade, raiva, hipervigília, depressão, ansiedade e dificuldades cognitivas (como dificuldade de concentração). O TEPT pode debilitar um indivíduo, pelo fato de que estímulos ligados ao incidente inicial podem desencadear sintomas como temor intenso, desamparo e evitação. Os sintomas físicos associados manifestam-se como respostas do Sistema Nervoso Autônomo, como hiper-atividade das glândulas sudoríparas e sintomas somáticos, como depressão.

O início da ocorrência dos sintomas varia desde os primeiros três meses de exposição ao incidente crítico até vários anos após a ocorrência. O DSM-IV considera a duração mínima de um mês para o diagnóstico de Transtorno de Estresse Pós-Traumático.

O TEPT é diagnosticado como agudo se a duração dos sintomas é superior a um mês e inferior a três meses, crônico, se durar mais de três meses e tardio se o início dos sintomas ocorre mais de seis meses após o evento estressor. Pode-se correlacionar a ocorrência do TEPT com a severidade do agente estressor. Estresses mais severos levam a uma maior prevalência. Por exemplo, campos de concentração resultam no aparecimento do Transtorno de Estresse Pós-Traumático em mais de 75% das vítimas. Estudos após a Segunda Guerra Mundial fazendo uso de pneumoencefalografia (processo diagnóstico de injeção de ar no espaço cerebroespinhal) em sobreviventes de campos de concentração, demonstraram atrofia cerebral de graus variados e encefalopatia difusa em 81% dos casos. (THYGESEN, 1970).

O diagnóstico é baseado nos critérios do DSM-IV, dividindo-se em Transtorno de Estresse Pós-Traumático ou Transtorno de Estresse Agudo. O Transtorno de Estresse Agudo conceitua-se como o que ocorre dentro de quatro semanas após o evento traumático, com período de duração de dois dias a quatro semanas.

Para o diagnóstico observa-se a tríade clássica descrita e sintomas associados como esquiva, embotamento emocional e hiperexcitabilidade. O paciente apresenta ainda sentimentos de culpa, rejeição e humilhação, podendo também descrever estados dissociativos, ataques de pânico, ilusões e alucinações. É comum o comprometimento associado da memória e da atenção, podendo o paciente apresentar ainda agressão, violência, deficiência de controle dos impulsos, depressão e uso de drogas ilícitas. O teste de Rorschach pode evidenciar agressão e violência.

No ato do diagnóstico, é importante considerar-se doenças associadas, como a ocorrência de lesão craniana durante o trauma, epilepsia, transtorno por uso de álcool ou outras substâncias análogas, intoxicação aguda, síndrome de abstinência e outros transtornos mentais, como o transtorno de personalidade borderline, que pode coexistir com o TEPT e estar correlacionado com o mesmo. Deve-se considerar ainda o diagnóstico diferencial com transtorno fáctico e simulação.

II. Etiologia e bases neurobiológicas

Os fatores etiológicos do Transtorno de Estresse Pós-Traumático seriam o fator estressor, fatores psicológicos e fatores biológicos. O fator estressor é o fator traumático desencadeante da síndrome. Porém, sabe-se que outros fatores precisam estar envolvidos para que o mesmo aconteça, já que nem todos os indivíduos que sofrem um evento traumático desenvolvem o TEPT.

De acordo com Kaplan, pesquisas recentes sobre TEPT têm demonstrado a importância maior das "ferramentas subjetivas" do indivíduo para lidar com o trauma, o que seria mais importante do que a gravidade do evento estressor (KAPLAN, 2003). O desenvolvimento da síndrome tem muito a ver com o significado subjetivo do evento para o próprio indivíduo.

Portanto, junto com o evento estressor, os fatores primários importantes para a ocorrência do Transtorno de Estresse Pós-Traumático abrangem: a presença de um trauma na infância; traços de transtornos de personalidade; sistema de apoio inadequado; predisposição genético-individual a doenças psiquiátricas; mudanças de vida recentes e estressantes; conscientização de um sítio de controle externo e não interno; excessivo consumo de álcool; alexitimia (incapacidade de identificar ou verbalizar estados emocionais); etc.

Os achados neurobiológicos associados ao TEPT dizem respeito ao fenômeno da "cicatriz biológica" ou neurobiológica. Pode-se definir cicatriz como a marca encontrada num tecido ou órgão provocada por uma lesão traumática como resultado do processo de recomposição e reparação celular, com conseqüente fibrose tecidual. A cicatriz neurobiológica refere-se aos efeitos moleculares e neurobiológicos induzidos por um trauma psicológico, especialmente na infância, que alteram de maneira irreversível o desenvolvimento neuronal. O interessante é que esse conceito, de início uma conclusão de estudos psicológicos e comportamentais, está sendo confirmado anatomo-fisiologicamente pela neurociência e neuroimagem.

Duas áreas do cérebro primordialmente afetadas no TEPT são a amígdala cerebral e o hipocampo. A amígdala parece ter papel importante na percepção, no reconhecimento e na formação da memória, especialmente naquela

relacionada a estímulos de caráter emocional, gerando associações através das conexões cerebrais.

O hipocampo tem como função principal a memória declarativa (ou explícita), de pessoas, lugares, objetos e fatos. A memória procedural ou implícita, que se relaciona aos hábitos e ao aprendizado mecânico (ou condicionado) está relacionada com os circuitos subcorticais ou cerebelares. A memória do hipocampo é a memória de trabalho e de aprendizado e a evocação das memórias de curta e longa duração. O TEPT é marcado por sintomas envolvendo a construção e a evocação de memórias.

Os estudos com ressonância magnética funcional (MRI) e tomografia por emissão de posítrons (PET) têm demonstrado alterações de diminuição do volume do hipocampo direito (relacionado com tarefas espaciais) e prejuízo da memória verbal de curto prazo. Esses estudos correlacionam os sintomas de TEPT com a redução do volume do hipocampo, mesmo na ausência de abuso de álcool (que também leva à atrofia cerebral).

Dr. Douglas Bremner, psiquiatra e professor da Emore University, realizou vários estudos sobre as alterações neurológicas do TEPT e declara que existem evidências suficientes para se concluir que pacientes traumatizados apresentam atrofia hipocampal específica para o diagnóstico de TEPT, sendo que os pacientes com TEPT decorrente de traumas precoces na infância possuem uma maior redução do hipocampo esquerdo (relacionado com estímulos verbais) e pacientes que desenvolvem TEPT quando adultos apresentam atrofia bilateral ou do hipocampo direito (BREMNER, 1993)

Os achados de neuroimagem têm demonstrado ainda um padrão de resposta exacerbada da amígdala cerebral. Acredita-se que a amígdala tenha participação na atividade menmônica relacionada com estímulo emocional, cujo conteúdo e percepção, no Transtorno de Estresse Pós-Traumático, são causadores de maior alerta, ansiedade e medo. Quanto mais emocionalmente intenso o estímulo, mais difícil fica esquecê-lo, embora paradoxalmente a hiperativação pelo estresse possa produzir amnésias lacunares.

Segundo o neurologista Antonio Damásio, as imagens reconstituídas por evocação caminham em paralelo com aquelas formadas por estimulação

exterior (imagens perceptivas) (DAMÁSIO, 2004). Embora menos vívidas do que as perceptivas, elas continuam a ser imagens, e podem ser revividas a qualquer momento.

O psicólogo Daniel Schacter explica o fenômeno da evocação, ou persistência, como fortemente ligado à vida emocional do indivíduo e à relação entre emoção e memória, demonstrando que incidentes com elevada carga emocional são melhor relembrados do que incidentes não emotivos (SCHACTER, 2001).

A alça emoção/ memória tem início no momento em que a memória se forma, quando a atenção e a elaboração vão determinar se a experiência vivida será posteriormentre lembrada ou não. Em estudos realizados, palavras com conteúdo emocional atraem a atenção automaticamente, fixando-as melhor na memória.

O Dr. Daniel Schacter estudou a relação entre o TEPT e a depressão, com a qual encontra-se muito associado. Estudos comparando memórias intrusivas em pacientes traumatizados e em pacientes deprimidos que não haviam experimentado um trauma específico demonstraram maior freqüência de memórias intrusivas e flashbacks nos pacientes com TEPT, os quais apresentavam ainda maior quantidade de experiências dissociativas incomuns, onde eles sentiam como se estivessem observando um evento pessoal acontecendo com outra pessoa, como observadores distantes.

No TEPT, existe uma relação do evento estressor com a memória, levando à posterior recordação do mesmo (evocação).

Estímulos diferentes do evento, mas de alguma maneira relacionados a ele, que lembram o ambiente ou as vivências experimentadas pelo indivíduo no momento da ocorrência do trauma, desencadeiam no organismo uma reação neurofisiológica, como se ele estivesse passando pelo trauma novamente. Isso relaciona-se com o papel da amígdala na memória de fundo emocional. Grava-se melhor os eventos com maior conteúdo emocional.

III. Abordagem terapêutica

O tratamento atual do Transtorno de Estresse Pós-Traumático abrange o tratamento farmacológico, psicoterapia e terapia cognitiva.

O tratamento farmacológico do TEPT inclui o uso de antidepressivos tricíclicos, inibidores da monoamino-oxidase, inibidores seletivos de recaptação da serotonina, antidepressivos de segunda geração, anti-adrenérgicos, benzodiazepínicos, anticonvulsivantes, antipsicóticos, agentes opióides e outros medicamentos.

A medicação de primeira escolha são os inibidores de recaptação da serotonina. O tempo de tratamento recomendado é de um período mínimo de cinco semanas para que se obtenha uma resposta terapêutica e de dez a doze semanas para se obter uma resposta adequada ao tratamento. Atualmente, com os estudos da neurociência, busca-se desenvolver antagonistas dos receptores do hormônio liberador de corticotropina extra-hipotalâmico, o qual leva à hiperatividade do sistema de defesa no TEPT.

A psicoterapia no TEPT baseia-se no fato de ser este uma reação fisiológica desenvolvida pelo organismo, como um estágio de elaboração e de reorganização da quebra da homeostase. De acordo com Kaplan, a psicoterapia, em alguns casos, levando à reconstrução dos eventos traumáticos, pode ter efetividade terapêutica. Em outros casos, porém, pode não ser útil, porque alguns pacientes encontram-se muito fragilizados para conseguirem reviver os traumas sofridos.

Outras técnicas de abordagem incluem a terapia cognitivo-comportamental e a hipnose. A terapia cognitivo-comportamental apresenta como principal objetivo uma reestruturação cognitiva a respeito da situação traumática, com uma reorganização e modificação das memórias relacionadas ao trauma. Para que esta técnica possa ser aplicada, é fundamental a cessação da exposição ao evento estressor. É importante também trabalhar junto com o paciente a rede de apoio social que o circunda, como familiares e amigos.

IV. Casos especiais

IV.1. Transtorno de Estresse Pós-Traumático Após o 11 de Setembro em Policiais nos Estados Unidos.

Um trabalho realizado com os policiais de Arlington County que primeiro responderam à situação de emergência no Pentágono no dia 11 de setembro de 2001, auxiliando no resgate às vítimas do ataque nos Estados Unidos, demonstrou que mais de 1/3 deles (36%) apresentaram Transtorno de Estresse Pós-Traumático, correlacionando a quantidade de tempo passada em trabalho no Pentágono com a severidade da apresentação do TEPT.

Em situações rotineiras, 1/3 dos policiais apresentam TEPT em alguma fase de sua vida, devido às condições de trabalho e a exposição freqüente a eventos potencialmente estressores no dia a dia. O TEPT em policiais apresenta como característica peculiar a dificuldade do paciente em buscar ajuda e tratamento para o transtorno, devido ao fato de os policiais serem treinados para ajudar e não para pedir ajuda. Esse condicionamento os sobrecarrega com a noção do auto-controle e auto-suficiência. Buscar ajuda para o tratamento do stress não é bem visto no meio policial. Aqueles que buscam aconselhamento psicológico costumam ser estigmatizados pelos colegas como fracos e não confiáveis como parceiro de trabalho.

No estudo referido, comprovou-se a associação entre TEPT e distúrbios do sono entre policiais. Num outro estudo realizado entre 1.000 policiais da Força de Polícia da Nova Zelândia, comprovou-se a importância do bom relacionamento social como fonte de apoio emocional. Um achado importante foi a evidência de que aqueles com maior rede de amparo social e aqueles que costumavam expressar melhor suas emoções apresentavam menor ocorrência de TEPT após exposição a eventos traumáticos.

No caso dos policiais que auxiliaram no resgate no Pentágono, um dado significante diz respeito ao nível educacional dos mesmos. Os resultados mostraram que quanto menor o nível de instrução do policial, mais sintomas de TEPT ele apresentava. Os policiais com nível superior apresentaram menos sintomas característicos do TEPT.

O resultado final do estudo foi que, isoladamente, o fator mais importante no desenvolvimento do TEPT nos policiais que trabalharam no ataque de 11 de setembro foi o número de horas que cada policial passou no Pentágono. Muitos permaneceram em trabalho ali por várias semanas. Quanto maior o tempo gasto naquele local, maior a quantidade de sintomas característicos do TEPT apresentados. O motivo relatado pelos policiais para o longo tempo de permanência no complexo militar foram o senso de dever e a necessidade de oferecerem uma contribuição significativa à restauração do Pentágono.

IV.2. Transtorno de Estresse Pós-Traumático em Crianças

O Transtorno de Estresse Pós-Traumático em Crianças tende a interferir no desenvolvimento de todas as áreas da personalidade, devido à especial adaptação e vulnerabilidade nessa fase do desenvolvimento. A prevalência do TEPT em crianças varia de 30 a 100% após a exposição a um evento estressor traumático, dependendo da duração, intensidade e proximidade do acontecimento.

O curso do TEPT em crianças se torna crônico quando ela é submetida a injúrias múltiplas, existem sentimentos de culpa associados e leva à sua participação em processos jurídicos, penais ou civis. Aproximadamente 50% das crianças se recupera nos primeiros três meses. Aproximadamente 30 a 50% delas cronificam o TEPT.

Com respeito à sintomatologia, o TEPT na infância apresenta uma ampla variedade de reações ao trauma, como condutas regressivas (enurese, encoprese, regressão nas habilidades lingüísticas), ansiedade, medo, somatização, depressão, problemas de conduta, isolamento, deficit de atenção, dissociações e transtornos do sono. Algumas se tornam agressivas, outras apresentam-se passivas.

Nos transtornos de ansiedade, apresentam fobias, recordação do evento estressor e ansiedade de separação. Na adolescência, está associado ao consumo de substâncias e depressão. Encontrou-se ainda que as meninas são mais sintomáticas do que os meninos. A resposta da criança ao evento estressor

está relacionada à resposta dos pais a este. Há uma associação entre a sintomatologia dos pais e dos filhos. Não se encontram diferenças significativas com respeito aos estudos transculturais e aos níveis sócio-econômicos.

A longo prazo, encontram-se efeitos no desenvolvimento da criança, com o estabelecimento de condutas de risco. Os efeitos psicopatológicos incluem TEPT crônico, transtorno de personalidade limítrofe, anti-social e narcisista, transtorno de personalidade múltipla (especialmente no trauma ocorrido na idade pré-escolar), automutilações e tentativas de suicídio, abuso de substâncias e alcoolismo.

Quando a exposição ao trauma infantil é continuada, caracteriza a cronificação do TEPT. Como resposta a um estressor crônico, as crianças apresentam medo ou ausência de sentimentos com respeito ao trauma e desenvolvem estratégias de defesa e manejo do estressor crônico como a negação, repressão, dissociação, "auto-anestesia", "auto-hipnose", identificação com o agressor e conduta autodestrutiva. Essses fatores vão alterar o funcionamento e desenvolvimento da personalidade.

Ressalta-se a importância do diagnóstico e detecção precoce do TEPT em crianças, a fim de prevenirem-se desordens maiores a médio e a longo prazo e transtornos de desenvolvimento no indivíduo exposto.

Conclusão

A importância do Transtorno de Estresse Pós-Traumático como um problema de saúde primário deve ser reconhecida e enfatizada e os profissionais da área devem estar preparados para diagnosticá-lo precoecemente, por ser muitas vezes confundido com hiperatividade, transtorno de conduta, transtorno de humor ou ansiedade.

Em crianças, quanto mais precoce o diagnóstico e tratamento, menores os transtornos de desenvolvimento da personalidade e de ansiedade apresentados a longo prazo. A intervenção e tratamento precoces evitam a cronificação do TEPT, especialmente na presença do evento estressor crônico, que pode levar

a desregulação afetiva, alterações da consciência, distúrbios de auto-percepção e transtornos das relações interpessoais e do sistema de valores, com danos permanentes e graves a toda a personalidade em formação da criança, tanto maiores quanto maior o tempo de exposição ao evento traumático.

Atualmente, a abordagem multi-disciplinar é de grande importância para um manejo adequado do indivíduo que apresenta Transtorno de Estresse Pós-Traumático, incluindo psiquiatras, psicólogos, neurologistas e outros especialistas da saúde, visando o reconhecimento adequado da patologia e o tratamento eficaz para o caso específico. O estilo de vida atual leva à exposição dos indivíduos a inúmeras situações elencadas como desencadeantes do TEPT, que não diagnosticado no momento apropriado passa de um tratamento de baixa complexidade para um nível cada vez maior de envolvimento de profissionais, tempo e afastamento do trabalho com diminuição da capacidade produtiva do indivíduo.

BIBLIOGRAFIA

CAMINHA, Renato Maiato. **Transtorno do Estresse Pós-Traumático (TEPT).** 1. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

DAMÁSIO, Antônio R. **O Erro de Descartes.** São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

KAPLAN, Harold I., SADOCK, Benjamin J., GREEB, Jack A. **Compêndio de Psiquiatria.** 7. ed. São Paulo: Artmed, 2003.

MONTT, Maria Elena; HERMOSILLA, Wladimir. Transtorno de Estrés Post-Traumático en Niños. **Revista Chilena de Neuro-Psiquiatria,** Santiago, 39 (2): p. 110-120, 2001.

ROBBERS, Monica L. P.; JENKINS, Jonathan Mark.. Symptomatology of Post-Traumatic Stress Disorder among First Responders to the Pentagon on 9/11: A Preliminary Analysis of Arlington County Police First Responders. **Police Practice and Research,** United Kingdom, Vol. 6, No. 3, July, 2005, p. 235-249.

PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de Psiquiatria Forense Civil e Penal.** São Paulo: Atheneu, 2003.

SCHACTER, Daniel L. **The Seven Sins of Memory.** New York: Houghton Mifflin Company, 2001.

TABORDA, José G. V.; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FILHO, Elias. **Psiquiatria Forense.** Porto Alegre: Artmed. 2004.

THYGESEN, P.; HERMANN, K. e WILLANGER, R. Concentration Camp Survivors in Denmark: Persecution, Disease, disability, Compensation. **Danish Medical Bulletin**, 17, 65-108; 1970.

Ana Clélia Freitas
Médica, Pós-Graduada em Direito Criminal e pesquisadora em Biodireito. Membro da American Health Law Association, da Association for the Scientific Study of Consciousness e da Neuroethics Society. Tem artigos publicados em revistas jurídicas e livros publicados.

Data Venia
Ano 5 ● N.º 07 [pp. 191-208]

A legitimidade da autoridade do poder estadual

Pedro Tiago Ferreira
Formador
Mestre em Teoria do Direito pela FDUL

Sumário:

Este estudo procura avançar algumas pistas para identificar de onde provém a legitimidade da autoridade do poder estadual, de forma a justificar o uso da força através do poder.

A legitimidade da autoridade do poder estadual

Pedro Tiago Ferreira
Formador
Mestre em Teoria do Direito pela FDUL

Introdução

Este estudo versa sobre a legitimidade que um Estado tem para exercer a força através do poder. Partindo do pressuposto de que tal exercício só pode ser feito na medida em que o Estado detenha autoridade, torna-se necessário apurar em que medida é que essa mesma autoridade é legítima. S. Agostinho pergunta, famosamente, "*Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?*"[1] Duas respostas são possíveis: 1) de um ponto de vista substantivo, nada distingue os Estados dos salteadores a não ser a administração da Justiça através do Direito. Contudo, 2) de um ponto de vista formal, os Estados são dotados de uma máquina institucional cuja autoridade não encontra rival noutro tipo de organizações institucionais, lícitas ou ilícitas. Assim, é nossa contenção que a *existência* do Estado não se encontra predicada na necessidade de administração da Justiça através do Direito, mas a sua *legitimidade* sim.

A exposição dividir-se-á em duas partes: na primeira, descrevemos o pensamento de Alexander Passerin d'Entreves, cuja observação de que o Estado assenta em "might", "power" e "authority" é contrastada com as posições de Hans Kelsen e Carlos Blanco de Morais, para quem a noção de "legitimidade da autoridade" é meramente formal, ou seja, uma autoridade tem legitimidade para sê-lo meramente em virtude de ser uma autoridade. Dito por outras palavras, estes autores não consideram que a legitimidade tem um fundo

[1] S. Agostinho, IV, 4, 1.

moral. Isto leva Kelsen a arguir, por um lado, que Estado e Direito são dois termos usados para descrever a mesma realidade, e Blanco de Morais, por outro, a defender que uma Constituição criada a partir de um acto de força não deixa, por isso, de ser uma Constituição.

Na segunda parte, procuramos justificar uma visão diferente, apoiada na ideia de que a legitimidade deriva da Moral, seguindo de perto o labor de Joseph Raz, que tem vindo a trabalhar longamente a questão da legitimidade da autoridade, de forma a demonstrar que a existência de autoridade estatal é algo diferente da legitimidade da autoridade estatal. Na nossa opinião, um Estado só exerce a "força" através do "poder" dotado de "autoridade legítima" se utilizar, no processo, o Direito para administrar a Justiça. Um Estado que não o faça será, certamente, dotado da autoridade para exercer a força através do poder, mas não terá legitimidade para o fazer, o que cria, entre outras coisas, o direito dos cidadãos a resistirem ao Estado e, no limite, a utilizarem a força para estabeleceram um Estado que actue legitimamente, isto é, que administre a Justiça através do Direito.

1. O Estado: exercício da "força" através do "poder", dotado de "autoridade".

Em *The Notion of the State*, d'Entreves nota que o termo "Estado" é, tal como o conhecemos na actualidade, um neologismo que surge no Renascimento. Até então, autores como Platão, Aristóteles, Cícero e S. Agostinho utilizavam termos como "polis", "res publica", "civitas" e "regnum" por duas razões, sendo que a primeira prende-se com o facto de que

> the situation to which they referred was different in each case, or at any rate for each of the periods in which they were active. Greek political experience, at least in the classic age, was summed up in the *polis,* the city-state, a small and exclusive concern, which both Plato and Aristotle assumed to be the highest expression of the common good, that is, the embodiment of a moral value. (...)
>
> The Roman horizon was much wider and more complex than the Greek— not only because it broadened out from the restricted vision of the City-state

> to that of the universal framework of the Empire, but because it introduced into the notion of the State an element which had remained at least partially unknown to Greek thought—the legal element. From this point of view Cicero's definition of *res publica* is particularly significant. The accent is here shifted from the goal to the structure of the State; *ius* is the distinguishing feature of political associations.
>
> As far as St. Augustine is concerned, his choice of words is sometimes perplexing. He does in fact use different terms such as ***res publica, civitas,*** *regnum* in referring to political matters; but the definitions he gives of each of them in turn are almost identical. These are, indeed, precisely the terms which recur most often in medieval political writings, but with different meanings according to the different circumstances to which they apply, to the great variety of forms or types of human association. In medieval political language ***civitas*** usually referred to the city-state which flourished in various parts of Europe, and more particularly in Italy. *Regnum* was used to describe the territorial monarchies in process of formation from the time of the high Middle Ages onwards. *Respublica* was reserved in most cases for describing a wider community, the ***respublica Christiana*** which united all believers in one sheepfold. The angle of vision determined whether that community was the Church or the Empire.[2]

Realidades distintas requeriam, portanto, designações terminológicas diferentes. Quanto à segunda razão, esta consiste no seguinte:

> Down to a certain date the word 'State' is missing altogether. It was missing—and this is the second reason why other words were used in its stead—because it had not yet been coined, or, more exactly, because it had not yet acquired a definite, precise meaning. In its modern acceptation the word 'State' is a new word, found in the various European languages only in a period relatively near our own. Its acceptance was linked with certain factual circumstances, with the fact above all that it referred to a new state of affairs, one that differed in many respects from that which was visible to the eyes and imagination of the political writers of antiquity and of the Middle Ages.[3]

[2] D'Entreves, pp. 28 e 29.

[3] *Idem*, p. 29.

O surgimento do neologismo "Estado" deve-se, em grande parte, conforme d'Entreves salienta, ao contributo de Niccolò Machiavelli:

> There is a widely held opinion that the chief merit for having definitely fixed and popularized the modern meaning of the term 'State' belongs to Niccolò Machiavelli. This opinion is certainly in great measure justified, but it should not be accepted without reservations. In fact, the word 'State' seems to have entered the vocabulary of politics before Machiavelli. And by Machiavelli himself the word was at times used indiscriminately, with different meanings which can be traced to preceding linguistic usage.[4]

O que é facto é que Machiavelli começa *Il Principe* dizendo que

> Tutti gli Stati, tutti i domini che hanno avuto ed hanno imperio sopra gli uomini sono stati e sono o repubbliche o principati."[5]

Tudo aquilo que, portanto, exerceu ou exerce "império" sobre os homens é um "Estado". Este mesmo exercício de "império" conheceu, ao longo da História, configurações diferentes, o que, segundo d'Entreves, ajuda a explicar as diferenças terminológicas existentes, até então, para designar a realidade que, contemporaneamente, é denominada por "Estado".

Torna-se, então, necessário apurar o que se entende, contemporaneamente, por "Estado". D'Entreves tenta responder a esta questão através da análise de três dos pontos mais salientes associados ao uso do termo. O primeiro desses pontos é o seguinte:

> (a) The word 'State' is generally associated with the notion of a force outside the individual will, superior to it, and able not only to issue commands but to enforce them.[6]

O Estado surge, portanto, dotado de força coerciva, imposta através de uma hierarquia vertical, de cima para baixo, de governante sobre governado,

[4] *Ibidem*, p. 30.

[5] Machiavelli, pp. 175 e 176.

[6] D'Entreves, p. 1.

numa relação de subordinação do segundo em relação ao primeiro. D'Entreves propõe, para designar esta característica do Estado, o termo "might":

> The State regarded as 'might' or mere force is the State as it is conceived by what is usually called 'political realism': a way of thinking of the State that has a long tradition behind it, and recently, perhaps owing to the circumstances of life today, this has seemed to be the only objective and plausible way of approaching the problem of politics.[7]

Este é, contudo, apenas um dos pontos salientes do Estado contemporâneo, de acordo com d'Entreves; o segundo é este:

> (b) The fact that the notion of the State is associated with that of an imperative and superior force, which is attached to its commands and not to others, does not imply that this force is inscrutable and arbitrary. On the contrary, the notion of the State is closely associated with that of a power exercised in accordance with definite procedure, with rules that are known, or at any rate knowable.[8]

O Estado não é, por conseguinte, mera força arbitrária; "might" surge temperado através de "power":

> The State regarded as 'power' is the State of legal theorizing, where power means force qualified by the law, force with the sign 'plus' attached to it. It is not surprising that it was precisely this 'plus' sign that attracted the exclusive attention of the jurists, to whom we owe the refining and further elaboration of the concept of the State and the identification of its essential attributes, first and foremost among them the attribute of 'sovereignty'.[9]

Assim, o Estado surge como indissociável do Direito, no sentido em que precisa de uma ordem normativa para reger os seus assuntos internos. Hans Kelsen leva esta ideia de indissociabilidade entre o Estado e o Direito ao extremo, propugnando por uma total identificação entre Estado e Direito:

[7] *Idem*, p. 6.

[8] *Ibidem*, p. 1.

[9] *Ibidem*, p. 6.

> Ist erkannt, daß der Staat als Ordnung menschlichen Verhaltens eine relativ zentralisierte Zwangsordnung, der Staat als juristische Person die Personifikation dieser Zwangsordnung ist, löst sich der Dualismus von Staat und Recht als eine jener Verdoppelungen auf, die dadurch entstehen, daß die Erkenntnis die von ihr konstituierte Einheit ihres Gegenstandes — und ein solcher Einheitsausdruck ist der Begriff der Person — hypostasiert. (...)
>
> Durchschaut man aber die Identität von Staat und Recht, begreift man, daß das Recht, das positive, mit der Gerechtigkeit nicht zu identifizierende Recht, eben dieselbe Zwangsordnung ist, als welche der Staat einer Erkenntnis erscheint, die nicht in anthropomorphen Bildern steckenbleibt, sondern durch den Schleier der Personifikation zu den durch menschliche Akte gesetzten Normen durchdringt, dann ist es schlechthin unmöglich, den Staat durch das Recht zu rechtfertigen. So wie es unmöglich ist, das Recht durch das Recht zu rechtfertigen, wenn dieses Wort nicht das eine Mal im Sinne des positiven, das andere Mal im Sinne des richtigen Rechts, der Gerechtigkeit, verwendet wird. Und dann enthüllt sich der Versuch, den Staat als "Rechts" - Staat zu legitimieren, darum als völlig untauglich, weil — wie schon betont — jeder Staat in dem Sinn ein Rechtsstaat sein muß, daß jeder Staat eine Rechtsordnung ist.[10]

O raciocínio de Kelsen assenta na premissa de que o Direito não se identifica com a Justiça, não só no sentido de Direito e Justiça não serem a mesma coisa, como igualmente no sentido de que o Direito não almeja um ideal de Justiça. Esta ideia é o cerne da sua "Teoria Pura do Direito":

> Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts; des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung. (...)
>
> Als Theorie will sie ausschließlich und allein ihren Gegenstand erkennen. Sie versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik.
>
> Wenn sie sich als eine "reine" Lehre vom Recht bezeichnet, so darum, weil sie nur eine auf das Recht gerichtete Erkenntnis sicherstellen und weil

[10] Kelsen, pp. 319 e 320.

> sie aus dieser Erkenntnis alles ausscheiden möchte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstande gehört. Das heiβt: sie will die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien. Das ist ihr methodisches Grundprinzip.[11]

Por conseguinte, o Direito, para Kelsen, na sua "pureza", isto é, considerado em si mesmo, é uma ordem normativa social coactiva que, através da aplicação de sanções em caso de incumprimento das suas normas, rege as condutas dos destinatários da ordem jurídica.[12] Assim, a ordem jurídica, que *é* o Estado, usa a ameaça da força, com o intuito de dissuadir os cidadãos de infringirem o ordenamento jurídico, bem como a própria força, quando a violação das normas ocorre. A prossecução de um ideal de Justiça poderá surgir como objectivo de alguns sistemas jurídicos, mas, segundo Kelsen, tal não é necessário para se qualificar uma ordem normativa como sendo "jurídica", ou um Estado como sendo um "Estado de Direito". Com efeito,

> Die schon erwähnte Einschränkung des Begriffs des Rechtsstaates auf einen Staat, der den Forderungen der Demokratie und der Rechtssicherheit entspricht, involviert die Annahme, daβ nur eine so geartete Zwangsordnung als eine "wahre" Rechts-Ordnung angesehen werden kann. Eine solche Annahme ist aber ein naturrechtliches Vorurteil. Auch eine relativ zentralisierte Zwangsordnung, die autokratischen Charakter hat und bei unbeschränkter Flexibilität keinerlei Rechtssicherheit bietet, ist eine Rechtsordnung, — und sofern man Ordnung und Gemeinschaft differenziert — ist die durch eine solche Zwangsordnung konstituierte Gemeinschaft eine Rechtsgemeinschaft und als solche ein Staat.[13]

Assim, Kelsen critica a concepção, por si rotulada de "jus-naturalista", segundo a qual há ordens normativas jurídicas por oposição a ordens normativas de mera força.[14] A propósito da validade material e da legitimidade da autoridade da Constituição enquanto Lei Fundamental de um ordenamento

[11] *Idem*, p. 1.

[12] Cf. *ibidem*, pp. 31-59.

[13] *Ibidem*, p. 320.

[14] A propósito da distinção, cf. Ferreira, Os direitos fundamentais, pp. 295-310 e 327-331.

jurídico, Carlos Blanco de Morais defende uma posição semelhante à de Kelsen:

> Na verdade, em nome de que parâmetro de referência jurídica será possível negar natureza constitucional a normas de hierarquia superior que têm por escopo a organização do poder político de um Estado autoritário, e que foram objecto de uma decisão constituinte não democrática? (...)
>
> Retornar a uma concepção *jus-fundamentalista* da Constituição que negue a existência de um acto de soberania constituinte se este não for democrático representa para além de um retrocesso dogmático, também um reducionismo jurídico.
>
> Retrocesso dogmático, porque importa a renúncia a uma noção positiva e abrangente de Constituição, que se adapte a qualquer regime político, e que, afinal, já se tinha por adquirida durante a segunda metade do século XX.
>
> Reducionismo, porque, por razões ideológicas presas a uma visão *eurocêntrica* de Constituição, se retira natureza constitucional às normas organizatórias do poder que se assumem positivamente como tal e se nega, por consequência, a existência de constituições em cerca de metade dos estados da Comunidade internacional, onde pontificam modelos de concentração de poder.
>
> Será, por exemplo, realista, negar em termos fácticos e jurídicos a existência da soberania constituinte que presidiu à feitura da Constituição de uma potência como a República Popular da China, pese o carácter *existencial* da representação popular, legitimadora dessa decisão?
>
> É que, independentemente de a sociologia constitucional, na base de um conhecido critério ontológico, poder rotular essa Constituição como "*semântica*", o que o jurista não poderá fazer é qualificar o acto de soberania que a instituiu como um *não acto constituinte* e as normas de organização superior do poder e sociedade efectivamente vigentes na base dessa aparência de acto como uma *não-Constituição* ou uma *Constituição aparente*.[15]

[15] Blanco de Morais, pp. 28 e 29.

O que Blanco de Morais afirma, portanto, é que a validade e legitimidade de uma Constituição não depende da observância de critérios de Justiça, de entre os quais se destaca, em relação a esta questão em particular, a necessidade de uma Constituição derivar de um poder constituinte democrático. Isto significa, na óptica deste Autor, que a autoridade da Constituição não assenta nem na democracia, nem em quaisquer outros critérios substantivos de Justiça. Em todo o caso, o que separa autores como Kelsen ou Blanco de Morais de autores de pensamento jus-naturalista é o *fundamento* da autoridade; a *existência* da autoridade não é posta em causa, constituindo, para d'Entreves, o terceiro ponto saliente associado ao Estado:

> (c) The recognition of this power as exercised according to definite rules implies the recognition of an obligation to submit to these rules. The word 'State' in this sense provides a term of reference for these obligations. It refers not merely to a force which exists in actual fact, or to a power which makes itself felt in accordance with certain rules, but to an authority which is recognized as warranted and justified in practice.[16]

O termo "Estado" refere-se, por conseguinte, a uma autoridade legítima dotada de força (might) e de poder (power):

> The State regarded as 'authority' is the State that requires a justification which is not, and cannot be, provided by mere force or by the sole exercise of power. The demand for some justification of this kind is a very old one, and one which has provided material for fierce controversy and deep speculation. These in turn have had a strong influence not only on the modern notion of the State, but even on its shape and its structure.[17]

Com efeito, jus-naturalistas e jus-positivistas concordam nestes pontos: o Estado é uma entidade que faz uso da força através do poder, sendo dotado de autoridade legítima para tal. Jus-positivistas na senda de Kelsen ou Blanco de Morais, por exemplo, aderem a uma concepção maquiavélica de legitimidade, segundo a qual há duas formas de se obter o poder:

[16] D'Entreves, p. 2.

[17] *Idem*, p. 6.

> Questi sono quando o per qualche via scelerata e nefaria si ascende al principato, o quando un privato cittadino con il favore degli altri suoi cittadini diventa principe della sua patria.[18]

Assim, para Machiavelli, o poder pode ser obtido tanto por meios nefastos como através do consenso dos cidadãos em nomearem um deles como príncipe da sua pátria. Não existem quaisquer considerações de legitimidade da autoridade de um ponto de vista moral; o exercício da força através do poder é sempre legítimo quando efectuado pelo detentor de um cargo de soberania.

Estas considerações levam a que a legitimidade da autoridade se torne num conceito puramente formal: o exercício da força através do poder por parte de quem detenha autoridade é legítimo apenas e só porque é efectuado por instituições que são órgãos do Estado, independentemente de a autoridade das mesmas derivar, ou não, de uma legitimidade moral.

2. Direito e legitimidade.

A veracidade das reflexões acima mencionadas é aferível através da discussão dos conceitos de "Direito" e de "legitimidade". Nesta secção, procuraremos refutar a ideia kelseniana de que o Estado *é* o Direito, bem como a asseveração de Blanco de Morais de que a autoridade legítima da Constituição (e, por consequência, de todo o sistema normativo subsumido à mesma) deriva simplesmente de circunstâncias fácticas. No primeiro caso, procuraremos demonstrar que existem, de facto, Estados que, ao invés de usarem o Direito para regular os seus assuntos internos, usam uma ordem normativa de mera força, o que nos leva a concluir que Estado e Direito não são a mesma coisa; há Estados onde não existe Direito. Quanto à segunda questão, não se põe em causa a existência da autoridade dos Estados cuja Constituição não obedece a ideais de Justiça e que, por via disso, não são dotados de um sistema jurídico, i.e., de uma ordem normativa que tem em vista a prossecução de um ideal de Justiça. O que se pretende evidenciar é que esta autoridade não é legítima em virtude de a "legitimidade" ser um conceito moral, não podendo,

[18] Machiavelli, p. 230.

por conseguinte, ser analisado a partir de um prisma puramente fáctico, conforme é pretensão de Machiavelli e de alguns dos seus seguidores.

2.1. Força e Direito.

O Direito é uma ordem normativa na medida em que, tal como todas as ordens normativas, é dotado de coercividade, eficácia e racionalidade.[19] O que distingue o Direito de outras ordens normativas é o facto de ser, simultaneamente, institucional e justo,[20] i.e., procurar proteger três valores emanados do Direito Natural que compõem o cerne da Justiça, a saber, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, aplicando o princípio da igualdade.[21]

Assim, uma ordem normativa institucional que não se encontre submetida a uma concepção de Justiça, nos termos acima definidos, não é uma ordem jurídica, embora partilhe, com o Direito, as características da coercividade, da eficácia e da racionalidade. A força é derivada da coercividade, sendo que a sua utilização no âmbito de uma ordem normativa assume uma importância fulcral: é através do uso da força que as normas que compõem a ordem normativa são executadas e respeitadas.

Na medida em que é coercivo, o Direito faz uso da força. Este mesmo uso é, contudo, direccionado em prol de um ideal de Justiça, dado que as normas de um ordenamento jurídico visam proteger, igualitariamente, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Desta forma, um Estado de Direito, i.e., um Estado que se encontra submetido a uma ideia de Direito usa, na governação dos seus assuntos internos, um sistema jurídico. Um Estado autoritário ou totalitário, i.e., um Estado cujas finalidades não assentam, primordialmente ou de todo, em alcançar e respeitar um ideal de Justiça não

[19] Ferreira, O Direito, pp. 47-48.

[20] *Idem*, pp. 49-52.

[21] Ferreira, Os direitos fundamentais, pp. 295-310.

usa, para reger os seus assuntos internos, uma ordem jurídica, mas sim uma ordem de mera força.[22]

2.2. A legitimidade da autoridade.

Em "Legitimate Authority", Joseph Raz demonstra que

> The question of the legitimacy of authority takes the form that it was always assumed to take: an examination of the grounds that justify in certain circumstances regarding some utterances of certain persons as exclusionary reasons.[23]

"Exclusionary reasons" refere-se a uma certa categoria de "razões para agir". A terminologia empregue por Raz é definida pelo próprio da seguinte maneira:

> Consider any situation in which an authority instructs a subordinate to follow the instruction of another whose authority does not derive from that of the first. A father telling his son to obey his mother is such a case. It differs from the father telling the son to obey his nanny, since the nanny's authority derives from that of the parents. An instruction to obey the nanny is, we may assume, her only source of authority. The mother's instructions are in any case authoritative. They are reasons for action for the son. So are the father's instructions. His instruction to obey the mother is, therefore, a reason to act for a reason. It is a reason to act on the mother's instruction, which is itself a reason anyway. I shall call a reason to act for a reason a positive second-order reason. There are also negative second-order reasons, that is, reasons to refrain from acting for a reason. I shall call negative second-order reasons exclusionary reasons. To get an example of an exclusionary reason we need only reverse the father's instruction and assume that he orders his son not to act on his mother's orders. Now the son has a reason for not acting on a reason.[24]

---

[22] Cf., para um desenvolvimento destas ideias, Ferreira, O Direito, pp. 50-56, e Ferreira, Os direitos fundamentais, pp. 295-310 e 333-339.

[23] Raz, Legitimate, p. 27.

[24] *Idem*, pp. 16 e 17.

O argumento de Raz é o seguinte: existindo uma relação de subordinação entre uma autoridade e outra pessoa, todas as ordens que a autoridade dê a essa mesma pessoa configuram uma "razão para agir". No entanto, se uma determinada ordem tiver por conteúdo uma injunção nos termos da qual o destinatário da mesma deva obedecer a uma autoridade *que não a que decretou a ordem*, então o destinatário tem uma "razão para agir por uma razão". Seguindo o exemplo de Raz, o filho é obrigado a obedecer à mãe. A ordem do pai, segundo a qual o filho deve obedecer à mãe, dá ao filho uma razão para agir por uma razão. Sem a ordem do pai, o filho teria uma razão para agir. Com a ordem do pai, o filho fica com uma razão para agir por uma razão, ou, na terminologia de Raz, com uma razão de segunda ordem positiva. No entanto, se a autoridade ordenar ao destinatário que não obedeça às ordens de outra autoridade, o destinatário fica com uma "razão para não agir por uma razão". Raz reconhece, em nota de pé de página,[25] que a autoridade que instrui o destinatário a desobedecer às ordens de outra autoridade tem que ser, em relação a esta última, hierarquicamente superior, o que não se verifica na relação entre pai e mãe com respeito à autoridade sobre os filhos. A ideia, todavia, é a de que, se determinada autoridade tiver o poder de ordenar ao destinatário que desobedeça às ordens de uma outra autoridade hierarquicamente inferior à primeira, então o destinatário fica com uma razão para não agir por uma razão, ou com uma "razão excludente" (exclusionary reason).

Por último, no rol das "razões para agir", Raz fala daquilo que o próprio denomina como "razões protegidas para agir":

> Sometimes a person may have a reason for performing an action and also a reason for not acting for certain reasons against that very action. The son, in our example, may know that his only coat is ugly. This is a reason against wearing it. It conflicts with his mother's instruction to wear a coat when he goes out at night. But the reason against wearing the coat is reinforced indirectly by the father's order to disregard the mother's instruction. In this and many other cases the fact that is a reason (the father's order) for disregarding certain reasons (the mother's instruction) for ϕ-ing (wearing the

[25] *Ibidem*, p. 17, nota 18.

> coat) is different from any fact that is a reason (the coat's ugliness) for not ϕ-ing. But sometimes the same fact is both a reason for an action and an (exclusionary) reason for disregarding reasons against it. I shall call such facts protected reasons for an action.[26]

Dito por outras palavras, a ideia de Raz é a de que, por vezes, o mesmo facto (uma determinada ordem dada por uma autoridade) é, simultaneamente, uma "razão para agir" em si mesma e uma "razão excludente" de outras razões contraditórias. Assim, pegando novamente no exemplo de Raz, o filho tem uma razão para vestir o casaco (a ordem da mãe) e uma razão para não o vestir (a ordem do pai para não obedecer à mãe). A ordem do pai é, em si mesma, uma razão para agir. O facto de a ordem do pai obrigar à desobediência da ordem de uma outra autoridade, para efeitos do exemplo, hierarquicamente inferior, é uma razão excludente para não agir. Quando isto acontece, segundo Raz, estamos perante uma "razão protegida para agir":

> by using power to tell a person to ϕ, the power-utterance is a reason for that person to ϕ and also a second-order reason for not acting on (all or some) reasons for not ϕ-ing. Exclusionary instructions are, therefore, protected reasons.[27]

Na medida em que o Direito é um sistema normativo, os órgãos dotados da capacidade de criarem regras de Direito terão uma

> ability to change protected reasons. More precisely, a man has normative power if he can by an action of his exercise normative power. An act is the exercise of a normative power if there is sufficient reason for regarding it either as a protected reason or as cancelling protected reasons and if the reason for so regarding it is that it is desirable to enable people to change protected reasons by such acts, if they wish to do so.[28]

As regras de Direito, sejam estas de fonte legislativa, consuetudinária ou jurisprudencial, são uma razão protegida para agir. É a partir deste facto que o Direito retira a sua autoridade:

---

[26] *Ibidem*, pp. 17 e 18.

[27] *Ibidem*, p. 18.

[28] *Ibidem*.

> The law has authority if the existence of a law requiring a certain action is a protected reason for performing that action; i.e. a law is authoritative if its existence is a reason for conforming action and for excluding conflicting considerations.[29]

Assim, tomando como exemplo a ponderação que um indivíduo terá que efectuar de forma a decidir se deverá, ou não, pagar os seus impostos, este mesmo indivíduo poderá ter uma razão para não os pagar (v.g. o seu desejo em empregar esse montante na realização de uma viagem), bem como uma razão para os pagar (v.g. o facto de existir uma regra de Direito, legal ou consuetudinária, que prescreve o pagamento dos impostos). Nos exemplos de razões para agir por nós apontados, o segundo é uma "razão protegida", visto que surge a partir de uma injunção dada por uma autoridade que tem legitimidade sobre o indivíduo em questão para o fazer.

A questão que permanece, todavia, em aberto é a de saber o que é que confere ao legislador a legitimidade para criar ou modificar "razões protegidas para agir". Segundo Raz, são os próprios destinatários das normas que atribuem essa mesma legitimidade ao legislador:

> To hold that a government is *de facto* government is to concede that its claim to be government *de jure* is acknowledged by a sufficient number of sufficiently powerful people to assure it of control over a certain area. A person has effective or *de facto* authority only if the people over whom he has that authority regard him as a legitimate authority.[30]

Por outro lado, ser uma "autoridade legítima" implica ter

relatively permanent and pervasive authority over persons, that is, either authority over a large group of people or with respect to various spheres of activity, or both.[31]

[29] Raz, Claims, p. 29.

[30] *Ibidem*, p. 28.

[31] Raz, Legitimate, p. 19.

Tomando como ponto de partida as considerações de Raz expostas nesta subsecção, poderemos formular as seguintes conclusões: as regras de Direito são razões protegidas para agir, o que equivale a dizer que configuram razões que, por si só, afastam outras razões para agir de forma diferente do prescrito pelas regras. Tal acontece na medida em que quem tem o poder para criar ou modificar as regras de Direito é uma autoridade dotada de legitimidade, legitimidade essa que advém, no caso das relações estatais, dos próprios destinatários das normas, i.e., os cidadãos. É um facto que não existe uma explicação completamente satisfatória das origens deste reconhecimento, por parte dos cidadãos, da autoridade legítima de um soberano ou de uma assembleia representativa. As teorias contratualistas (v.g. Hobbes, Locke, Rousseau) mais não são do que um contributo filosófico para *justificar* a legitimidade do exercício da força, através do poder, por parte de uma autoridade, não tendo, certamente, os seus autores a pretensão de que as mesmas sejam aceites como um relato histórico fiel da origem das instituições estatais; dito por outras palavras, o argumento de que há uma transferência do poder, por parte da comunidade, para a esfera de um soberano, com o intuito de acabar com o "estado de natureza" e instituir a "sociedade civil", não é uma descrição histórica de um processo factual. É, isso sim, um argumento filosófico que justifica a legitimidade do poder, mas que não *explica* como é que, historicamente, a legitimidade estatal surgiu.

A sugestão de Raz, por seu turno, permite *justificar* e *explicar* a legitimidade da autoridade *nos Estados contemporâneos*. A autoridade que exerce a força através do poder fá-lo legitimamente na medida em que os cidadãos reconhecem, expressa ou implicitamente, essa mesma autoridade. Tal como as teorias contratualistas, a sugestão de Raz não contribui para explicar a origem histórica da legitimidade da autoridade, fornecendo, contudo, uma explicação para a aceitação contemporânea desta mesma legitimidade.

Referências

(Blanco de Morais)
BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional, Tomo I - Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2006.

(d'Entreves)
D'ENTREVES, Alexander Passerin, *The Notion of the State - An Introduction to Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1967 (reimpressão 1969)

(Ferreira, Os direitos fundamentais)
FERREIRA, Pedro Tiago, *Os direitos fundamentais como garante da ideia de Direito*, in *Data Venia*, nº 4, Dezembro 2015.
Disponível em http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_287-344.pdf

(Ferreira, O Direito)
FERREIRA, Pedro Tiago, *O Direito é necessariamente justo?*, in *Data Venia*, nº 3, Fevereiro 2015.
Disponível em http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao03/datavenia03_p045-060.pdf

(Kelsen)
KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Österreichische Stantsdruckerei, Viena, 1992 (reimpressão da edição de 1960).

(Machiavelli)
MACHIAVELLI, Niccolò, *Il Principe*, Oxford University Press Warehouse, 1891.

(Raz, Legitimate)
RAZ, Joseph, "Legitimate Authority", in *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, 2ª ed., Oxford University Press, 2009 (reimpressão 2011), pp. 3-27.

(Raz, Claims)
RAZ, Joseph, "The Claims of Law", in *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, 2ª ed., Oxford University Press, 2009 (reimpressão 2011), pp. 28-33.

(S. Agostinho)
S. AGOSTINHO, *De civitate Dei*, Nabu Press, 2011.

Pedro Tiago Ferreira
Formador
Mestre em Teoria do Direito pela FDUL

Data Venia
Ano 5 ● N.º 07 [pp. 209-230]

A jurisprudência como fonte no direito civil português

Cristian Bazanella Longhinoti
Juliana Rodrigues de Souza

Resumo:

O presente artigo tem por finalidade o estudo da incidência e/ou aplicação da jurisprudência como Fonte do Direito Civil. Todavia, antes de adentrar no cerne da questão, imperiosa a análise de todas as normas que influenciam as fontes do direito no Direito Civil Português, afim de melhor compreender este instituto, investigando os instrumentos utilizados pelos operadores do direito diante das necessidades que lhe são apresentadas. Após, será procedido o estudo doutrinário da jurisprudência acerca de sua aplicação como Fonte do Direito e a manifestação dos Tribunais Pátrios. Por fim, chegar-se-á a conclusão sobre a incidência ou não como Fonte do Direito

A jurisprudência como fonte no direito civil português

Cristian Bazanella Longhinoti[*]
Juliana Rodrigues de Souza[**]

Sumário: Resumo 1. Introdução; 2. O Conceito de Fonte; 3. A Classificação das Fontes; 3.1 As Fontes Materiais do Direito; 3.2 As Fontes Formais do Direito; 4. As Fontes no Direito Civil Português; 5. A Jurisprudência como Fonte do Direito Civil Português; 6. Conclusão; 7. Referências; 8 Referência Jurisprudencial; 9. Anexos.

Resumo: O presente artigo tem por finalidade o estudo da incidência e/ou aplicação da jurisprudência como Fonte do Direito Civil. Todavia, antes de adentrar no cerne da questão, imperiosa a análise de todas as normas que influenciam as fontes do direito no Direito Civil Português, afim de melhor compreender este instituto, investigando os instrumentos utilizados pelos operadores do direito diante das necessidades que lhe são apresentadas. Após, será procedido o estudo doutrinário da jurisprudência acerca de sua aplicação como Fonte do Direito e a manifestação dos Tribunais Pátrios. Por fim, chegar-se-á a conclusão sobre a incidência ou não como Fonte do Direito

Palavras-Chave: Direito Civil; Fontes do Direito; Jurisprudência.

Abstract: The purpose of this article is to study the incidence and / or application of jurisprudence as a source of civil law. However, before going to the heart of the matter, it is imperative to analyze all the norms that influence the sources of law in Portuguese civil law, in order to better understand this institute, investigating the instruments used by legal operators in face of the needs presented to them . Afterwards, a doctrinal study of the jurisprudence will be carried out on its application as Source of Law and the manifestation of the Courts in this sense. Finally, the conclusion will be reached on the incidence or not of the Source of Law.

Keywords: Civil right; Sources of Law; Jurisprudence.

[*] Advogado, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC; Mestrando e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa – Portugal. E-mail: longhinoti@gmail.com

[**] Advogada, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Pós-Graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS; Mestranda e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa – Portugal. E-mail: contato@julianarodrigues.adv.br

1. Introdução

Para compreender a influência da jurisprudência como fonte do direito civil português no ordenamento jurídico é necessário que se proceda à análise geral das fontes do direito, a fim de prover o seu entendimento e, especificamente, verificar aquelas que encontram aplicação imediata no direito civil português. Ainda, torna-se fundamental reconhecer quais são os instrumentos utilizados pelo operador do direito quando do estudo e da aplicação das fontes do direito diante das necessidades que lhe são apresentadas.

Sobre esse tema, procurar-se-á a convergência de pensamentos na doutrina ao se empregar a jurisprudência como fonte do direito e, consequentemente, analisar os meios pelo qual influencia na criação e na aplicação das normas de direito. Ainda, tratar-se-á no presente trabalho à conceituação de fonte do direito, de modo a realizar uma abordagem genérica, sem vinculá-la a nenhum ramo específico do direito.

Adiante, se abordará a classificação das fontes do direito, estabelecendo a distinção entre as fontes do direito material e as fontes do direito formal. Por conseguinte, o tema Fontes no Direito Civil Português, abordará as fontes reconhecidas e explicitas no Código Civil Português, especificando a sua eficácia frente ao ordenamento jurídico.

Por fim, tratar-se-á da jurisprudência como fonte no Direito Civil Português, quanto a sua especificidade como fonte de inspiração para o direito bem como quanto à possibilidade ou não de ser aplicada como fonte jurídica.

Necessário, portanto, o exame das características da jurisprudência, seus efeitos em comparação às outras fontes do direito civil português e sua repercussão e enquadramento enquanto fonte de direito, o que será feito por ocasião da conclusão do presente trabalho.

2. O conceito de fonte

As fontes do direito podem ser conceituadas como os ensinamentos que os operadores do direito utilizam para disciplinar os meios jurídicos e as relações de modo geral. Conforme os ensinamentos de José de Oliveira Ascensão, as fontes possuem diferentes significados: histórico, instrumental, sociológico ou material, orgânico e técnico-jurídico ou dogmático. O primeiro reconhece as fontes históricas do sistema; o segundo dispõe acerca das regras jurídicas, como os códigos, as leis, entre outros; o terceiro refere-se às condutas sociais que produzem uma norma; o quarto representa os órgãos que produzem as normas jurídicas; e, por fim, o quinto trata-se da maneira de formação e de revelação das regras jurídicas[1]. Assim, podemos definir fonte do direito como os métodos através dos quais se originam e/ou cria-se a norma positiva, com força vinculativa *erga omnes* e com ampla vigência e eficácia, tal qual como preceituado por Miguel Reale[2].

As fontes do direito advêm de uma complexidade de fatores histórico, instrumental, sociológico, orgânico e jurídico, resultando, assim, na atividade jurisdicional, a qual dará ensejo à criação de mecanismos de aplicação desta atividade, seja por intermédio de leis ou de jurisprudência, tornando-se ordenações vigentes e eficazes. Portanto, as fontes do direito são aquelas capazes de revelar às pessoas as normas que devem nortear a convivência em sociedade.

3. A classificação das fontes de direito

As fontes de direito representam o meio pelo qual a norma é estabelecida, remetendo-se as formas com as quais o direito se manifesta, podendo-se vislumbrar a efetivação da expressão do direito.

[1] ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**, 2001. p. 39.

[2] Por "fonte do Direito" designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. (**Lições Preliminares de Direito**, 2001, p. 144).

Quanto à classificação das fontes do direito, procede-se a abordagem das fontes materiais e das fontes formais. Contudo, torna-se imprescindível citar as fontes históricas ou formais, que é a forma de exteriorização do direito e o direito atual. Outro tipo de classificação utiliza as terminologias: fontes diretas, imediatas ou primárias, para designar as fontes que preponderam no ordenamento jurídico, sendo fontes indiretas, mediatas ou secundárias aquelas que devem ser utilizadas de modo subsidiário na ausência ou lacuna das primeiras. Nesse sentido, passa-se a analisar as fontes materiais e as fontes formais do direito.

3.1 As Fontes Materiais do Direito

A fonte material, segundo a lição de Ricardo Guastini pode ser compreendida como aquela que compreende determinados atos ou fatos decorrentes de seu conteúdo se for um ato, ou de seu resultado, se for um fato. Para o autor, trata-se de um conceito geral que engloba todos os ordenamentos que são desenvolvidos de uma maneira independente da matéria positiva de um ordenamento específico[3].

Dessa forma, as fontes materiais servem, também, como justificativa para a existência das constantes interferências dos pensamentos e dos ideais não considerados formais sobre o direito, ou seja, fatores sociais que têm uma relativa contribuição nos processos legislativos ou de aplicação de norma jurídica, por exemplo. Neste contexto, Maria Helena Diniz reforça este entendimento aduzindo que há "um pluralismo das fontes reais do direito, pois se o direito coexiste com a sociedade, tudo que pode influir sobre esta pode influenciar aquela"[4].

São, pois, fontes materiais do direito os fatores que ocasionam o surgimento de normas envolvendo fatos e valores, analisando-se fatores sociais, psicológicos, econômicos, históricos, ou seja, fatores reais que irão

[3] GUASTINI, Ricardo. **Concepciones de las fuentes del Derecho, In Distinguiendo**, 1999, p. 81-82.

[4] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 2014, p.287.

influenciar na criação da norma jurídica. Assim, dependem as fontes materiais de investigação de causas sociais que influenciem na edição da norma jurídica.

3.2 As Fontes Formais do Direito

As fontes formais do direito consistem em mecanismos nos quais o julgador utiliza para, diante de uma situação concreta, solucionar o caso sob sua análise. Podem ser considerados como fontes formais os costumes, os princípios gerais do direito, a doutrina e a jurisprudência. Em síntese, as fontes formais são constituídas por atos jurídicos, de modo a produzir leis, sentenças, contratos, entre outros, sendo que tais atos somente podem ser instituídos por órgãos com aptidão para tanto, recebendo, assim, a definição de fonte formal.

Sob a mesma perspectiva, salienta Dimitri Dimoulis que "ainda que superficialmente, é importante informar que as fontes formais podem ser escritas ou orais"[5]. Assim, em se tratando dos atos jurídicos, que positivam o direito, e que são pertencentes aos dotados ao poder jurídico, tem-se que esses atos ao produzirem o direito passam a ser considerados a sua única fonte, mas que isso não elimina a interferência dos elementos substanciais[6].

4. As fontes no direito civil português

As Fontes no Direito Civil Português estão elencadas nos primeiros artigos do Código Civil Lusitano. Em suas disposições, o aludido código regula as matérias concernentes às fontes do direito. Porém, o alcance dado pelo atual Código Civil Português sobre as fontes do direito transcendem a esfera civil,

[5] DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica, fontes, interpretação e ramos do direito, sujeito de direito e fatos jurídicos, relações entre direito, justiça, moral e política**, 2003, p. 185.

[6] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2003, p. 225.

permeando outros ramos do direito. Tal entendimento é corroborado por Carlos Alberto da Mota Pinto em sua obra Teoria Geral do Direito Civil[7].

As diferentes perspectivas entre as fontes do direito expostas no Código Civil Português e o estabelecido pela doutrina, variando o entendimento entre um e outro, reflete na inexistência de um rol pacífico sobre as fontes do direito.

O artigo 1.º do Código Civil Português define como fonte imediata do direito as leis e as normas corporativas. Todavia, embora haja previsão legal quanto às normas corporativas serem reconhecidas como fonte do direito, houve a perda de sua validade. Esta situação ocorreu, pois este tipo de norma tinha base reconhecida pela Constituição de 1933, especificamente em seus artigos 16.º e 17.º, e também em decorrência da extinção dos organismos corporativos, tais normas, de modo que deixaram de existir e de serem consideradas fontes do direito.

Quanto às leis, a doutrinadora portuguesa Ana Roque entende que "é a parte do direito objetivo formada pelas normas e princípios estabelecidos em diplomas legais"[8].

Ainda, a legislação civilista portuguesa reconhece o uso (costume) como fonte do Direito em seu artigo 3.º. Muito embora haja esta previsão legal, o costume não é reconhecido como fonte do direito, tendo em vista que o direito português não reconhece um direito consuetudinário, tendo validade somente quando a lei assim o determinar.

A Equidade também é reconhecida pelo Código Civil Português como fonte do Direito, com previsão legal exposta em seu artigo 4.º, que permite aos tribunais decidir os casos segundo o princípio da equidade (igualdade). A equidade só é admitida quando existe uma disposição legal que o permita e quando as partes assim o convencionarem.

---

[7] Esta inclusão no Código Civil de matérias gerais. não privativas da matéria civilistica, evidencia com clareza como, na evolução histórica e no momento actual, o direito civil tem uma localização nuclear ou central no ordenamento jurídico. Essa sua situação no ponto central do direito objetivo advém-lhe da matéria por ele regulamentada: a personalidade no seu desenvolvimento e realização através das relações com outras pessoas. (**Teoria Geral do Direito Civil**, 2005, p. 160).

[8] ROQUE, Ana. **Manual de Noções Fundamentais de Direito**. 2ª ed. Almada: Quorum, 2012. p. 44.

No entanto, embora a jurisprudência não conste no rol das fontes do direito estabelecidas pelo Código Civil Português, esta não pode ser dispensada como tal. As fontes do direito, nos ensinamentos de José de Oliveiro Ascensão, são compreendidas como "modos de formação e revelação de regras jurídicas, sendo assim, uma manifestação ou fenômeno social que tem o sentido de conter uma regra jurídica"[9].

Por fim, verifica-se que a jurisprudência é uma importante ferramenta de aplicação, pelo julgador, ao caso concreto, da norma legal, dando precisão e a tornando viável, explicitando a virtude e o desenvolvimento da lei, integrando-a ao sistema legal.

5. A Jurisprudência como fonte no direito civil português

A jurisprudência pode ser conceituada como o conjunto de decisões emanadas de um determinado órgão jurisdicional, que, orientadas em um determinado sentido, auxiliam ou indicam uma tomada de decisão.

A relevância e a incidência da jurisprudência no ordenamento jurídico variam do modelo de ordenamento jurídico, ou seja, tem maior importância e destaque nos países adeptos da *common law* do que naqueles de origem romano-germânica, como é o caso de Portugal. Todavia, tal distinção não tende a menosprezar a jurisprudência.

Entretanto, há divergências quanto aos entendimentos doutrinários de reconhecimento da jurisprudência como fonte do Direito. Como constatado anteriormente, o estudo das fontes tem por objetivo a análise dos modos de produção do direito.

Neste sentido, ressalta Francisco Balaguer Callejón que as fontes do direito representam às categorias ou os tipos de normas que se revela o processo de elaboração e de aplicação do direito, no momento de incorporar ao ordenamento jurídico. As fontes constituem o instrumento de transição entre a produção e a aplicação do direito. Ainda, segundo aponta o renomado

[9] Ob. Cit.. p. 240.

doutrinador, apenas é fonte do Direito a norma que introduz regras que são eficazes, com caráter *erga omnes* no que diz respeito a todos os sujeitos do ordenamento[10].

Assim, pelos critérios apontados constata-se que as normas criadas pela jurisprudência permitem verificar o caso concreto em que a atividade jurisdicional poderá ser considerada fonte do Direito.

Neste mesmo sentido, afirma Lenio Streck que "nos países filiados ao sistema romano-germânico, onde vigora o direito escrito, a lei é considerada a fonte primordial do direito. No entanto, entende que modernamente, além da lei são consideradas fontes do direito: o costume (mas este apenas é fonte do Direito quando incorporado a lei escrita), a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais do Direito"[11].

O citado doutrinador dá uma referência especial à jurisprudência, declarando que esta é sempre subordinada à lei, configurando-se como uma fonte mediata do direito.

Todavia, em que pese os posicionamentos acima colacionados, a doutrina portuguesa posiciona-se de forma diversa quanto ao reconhecimento e aplicação da jurisprudência como fonte do direito português. Os juristas clássicos refutam o enquadramento da jurisprudência como fonte formal do direito no sistema jurídico português, sob o argumento de que os tribunais não criam regra jurídica com força vinculativa, caracterizada pela obrigatoriedade, abstratividade e generalidade.

Segundo lição de Rubens Limongi França, a jurisprudência assume as seguintes funções: primeiro, a função de interpretação da lei; segundo, a de atualização da lei, de modo que as novas interpretações harmonização de todo o sistema jurídico; terceiro, de humanização da lei, para que se atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum; quarto, de suplementação da lei, para

[10] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**, 1991, p. 65.

[11] STRECK, Lenio Luiz. **Súmula no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função: a ilegitimidade Constitucional do efeito vinculante**. 1998, p 68.

que as lacunas sejam vencidas; e, por fim, o quinto, o de rejuvenescimento da lei[12].

Portanto, a jurisprudência tem como função o rejuvenescimento da interpretação da lei, de maneira a adaptar-se com o passar dos anos e se readequar com a realidade social. Assim, cabe revelar os princípios e os costumes que serão aplicados, para que faça parte da evolução do direito em relação à legislação. Neste mesmo sentido Miguel Reale aponta que "a jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos"[13].

O doutrinador Carlos Alberto da Mota Pinto reconhece que a jurisprudência não se caracteriza como fonte de direito. No entanto, o julgador não deve aplicar a lei de maneira mecânica, pois faz parte de sua missão dar vida a norma legal, de modo a aplicá-la e concretizá-la nas situações vivenciadas no cotidiano. Ressalta, ainda, que os resultados a que o julgador chegou só tem forca vinculativa para o caso concreto a ser decidido[14].

O Tribunal de Relação de Coimbra, no julgamento do processo 1251/08, de 10/03/2009, prescreve que "os Acórdãos do STJ Uniformizadores de Jurisprudência deixaram de ter força obrigatória geral e de ser fonte de direito em face do Acórdão do Tribunal Constitucional n.° 910/95, de 7 de Dezembro, pelo que o Acórdão do STJ de Uniformização de Jurisprudência n.° 6/2004 (...)"[15].

Assim, a jurisprudência não pode ser considerada como fonte do Direito, pois não se configura como regra obrigatória, mas apenas o caminho predominante em que os tribunais entendem de aplicar a lei, suprindo,

[12] FRANÇA, Rubens Limongi. **A jurisprudência como forma de expressão do direito**. Revista de Direito Civil, v. 51.

[13] Ob. Cit. p. 173.

[14] Ob. Cit. p. 67.

[15] Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/84f5be9e06b2cbc4802575b400489bd6?OpenDocument&Highlight=0,1251

inclusive, eventuais lacunas desta última, ou seja, a jurisprudência não cria o direito. Interpreta-o.

6. Conclusão:

A compreensão das fontes no direito civil português representa uma importante temática no âmbito jurídico e é indiscutível que a jurisprudência não é reconhecida como fonte do ordenamento, de modo que é aplicada como fonte supletiva do direito em face de lacunas legais.

O conceito de fonte do direito caracteriza-se pela generalidade e variedade das suas concepções, o que gera certa confusão, já que determinadas fontes do direito estabelecidas por uma determinada doutrina ou ordenamento varia de acordo com a perspectiva de fontes do direito que se adota. A jurisprudência torna-se, portanto, o mecanismo pelo qual se apoia o julgador para, diante do caso concreto, solucionar o que lhe é posto em análise, interpretando e aplicando a lei de forma atualizada e harmônica, sendo responsável por chegar às pessoas o verdadeiro significado, conteúdo e alcance das leis.

Assim, o efeito gerado pela jurisprudência não possui efeito *erga omnes*, prevalecendo, tão somente, às partes envolvidas no caso em análise que gerou a jurisprudência, razão pela qual não tem força para tornar-se fonte do Direito e influenciar/inspirar a criação de normas no ordenamento jurídico português.

7. Referências:

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral – uma perspectiva Luso-Brasileira**. 11ª. edição. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 978-972-40143-2-6.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho: I. Princípios del ordenamiento Constitucional**. Madrid: Tecnos, 1991. ISBN 9788430920563.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica, fontes, interpretação e ramos do direito, sujeito**

de direito e fatos jurídicos, relações entre direito, justiça, moral e política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ISBN 9788520367124.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p.287. ISBN 9788502215351.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A jurisprudência como forma de expressão do direito**. Revista de Direito Civil, v. 51

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN 8522434840.

GUASTINI, Ricardo. **Concepciones de las Fuentes del Derecho. In: Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho**. 1ª edição. Barcelona: Gedisa, 1999. ISBN 9788474327007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7.

PORTUGAL. Código Civil (2015). **Código Civil Português**. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em 10 de dezembro. 2016.

PORTUGAL. Constituição (2005). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em 10 de dezembro. 2016.

PORTUGAL. Constituição (1933). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933.pdf. Acesso em 10 de dezembro. 20016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. ISBN 850202051.

ROQUE, Ana. **Manual de Noções Fundamentais de Direito**. 2ª ed. Almada: Quorum, 2012. ISBN 978-972-99434-9-2.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmula no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função: a ilegitimidade Constitucional do efeito vinculante**. 2ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. ISBN 8573480742.

8. Referência jurisprudencial:

AC. TRC. 1251/08. 10/03/2009 (Conselheiro Emídio Costa), URL: http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/84f5be9e06b2cbc4802575b400489bd6?OpenDocument&Highlight=0,1251 (consultado em 21/12/2016).

9. Anexos

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra

Processo: 1251/08.5TBMGR.C1

Relator: Emídio Costa

Data do Acordão: 10/03/2009

Sumário: 1 – As acções de impugnação pauliana, por força do aludido Acórdão Uniformizador de Jurisprudência nº 6/2004, em face da natureza obrigacional da pretensão objecto da acção, não estavam sujeitas a registo; 2 – O Dec. Lei nº 116/2008, de 4/7, veio, porém, tornar obrigatório o registo daquelas acções; 3 – Não tendo este diploma efeito retroactivo, o regime por ele criado quanto à obrigatoriedade de registo das acções em causa apenas se aplica às acções instauradas após a respectiva entrada em vigor (21/7/2008).

Texto integral:

Acordam no Tribunal da Relação de Coimbra:

RELATÓRIO

A... interpôs recurso contencioso para o Tribunal Judicial da Comarca da Marinha Grande, ao abrigo do disposto no art. 145º do Código do Registo Predial, da decisão de indeferimento pela Ex.ma Conservadora do Registo Predial da Marinha Grande do registo de uma acção de impugnação pauliana por si interposta, confirmada em recurso hierárquico apresentado perante o Vice-Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado.

Alegou, para tanto, em síntese, que com a acção de impugnação pauliana pretende-se obter a ineficácia do acto impugnado, o que, necessariamente, implica modificações ou extinções de direitos, sendo irrelevante para a registabilidade da acção a sua natureza jurídica.

O Ministério Público emitiu douto parecer no sentido da improcedência do recurso (fls. 185).

Verteu-se, seguidamente, nos autos sentença que, julgando o interposto recurso contencioso improcedente, confirmou a decisão da Ex.ma Conservadora do Registo Predial da Marinha Grande.

Inconformado com o assim decidido, interpôs o recorrente recurso para este Tribunal, o qual foi admitido como de apelação e efeito suspensivo do processo.

Alegou, oportunamente, o apelante, o qual finalizou a sua alegação com as seguintes conclusões:

1ª - "Dispõe, actualmente – e à data da prolação da sentença de que se recorre –, o art.° 3º do CRP, com a redacção introduzida pelo DL n.° 116/2008, de 04/07: a) As acções que tenham por fim, principal ou acessório, o reconhecimento, a constituição, a modificação ou a extinção de algum dos direitos referidos no artigo anterior, bem como as acções de impugnação pauliana;

2ª - Prevê o art.° 36° do mencionado Decreto-Lei: Entrada em vigor: 1 - Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, o presente decreto-lei entra em vigor no dia 21 de Julho de 2008;

3ª - Do exposto nas conclusões anteriores resulta que, desde 21 de Julho de 2008, que as acções de impugnação pauliana passaram a ser sujeitas a registo predial;

4ª - Não se enquadrando esta alteração normativa ao art.° 3° do CRP, em nenhuma das excepções previstas nos n.°s 2 e 3 do supra citado art.° 36° – as quais mencionam que as disposições aí indicadas entram em vigor apenas em 01/01/2009 – o mencionado art.° 3º entrou em vigor no passado dia 21/07;

5ª - E, entrando em vigor, o mesmo é de aplicação imediata – nessa mesma data – a todas as situações (não existindo nenhuma disposição transitória no supra mencionado Decreto-Lei que indique o contrário da sua aplicação);

6ª - Conforme decorre da sentença, o Tribunal a quo fez "tábua rasa" da recente alteração legislativa. A mesma é essencial e altera profundamente o sentido a dar aos presentes autos;

7ª - O Tribunal a quo ao decidir como decidiu (não aplicando a alteração legislativa recente ao Código do Registo Predial, entrada em vigor a 21 de Julho último) interpretou erradamente e violou os actuais art.°s 2°, 3°, n. ° 1 a) do CRP, bem como o art.° 36° do DL n.° 116/2008, de 04/07;

8ª - O registo predial destina-se a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário;

9ª - Ao impor-se a recusa quando o facto não é "supostamente" registável, por não enquadrado nos artigos 2°, al. u) e 3°, n. ° 1, al. a) do CRP (na redacção anterior ao supra citado decreto-lei) das acções de impugnação pauliana – tal como entenderam as instâncias anteriores (Exma. Conservadora do registo predial, Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado e por último, a Mma. Juiz a quo) — está-se declaradamente a estabelecer um numerus clausus de factos sujeitos a registo;

10ª - Esta posição contraria e muito o disposto no art.° 2°, n. ° 1, al. u) do CRP – que é um preceito que pode abarcar um sem número de factos registáveis, no entanto, não concretizados / tipificados na lei. Os mesmos, dado o interesse público, estão, no entanto, sujeitos a registo – art.° 1° do CRP;

11ª - A impugnação pauliana (em discussão o seu registo nestes autos) é a acção que tem a função ou finalidade de garantia, reconhecida pelo art. 616° do CC, ao impugnante com êxito sobre os bens transmitidos pelo acto impugnado. Esta disposição legal concede àquele, em caso de procedência do pedido, o direito de restituição dos bens alienados na medida do interesse, com possibilidade de executar tais bens no património do adquirente e de praticar sobre os mesmos bens todos os actos de conservação da garantia patrimonial autorizados por lei;

12ª - Tais efeitos de restituição e de conservação da garantia patrimonial concedidos pelo art. 616°, n.° 1 do CC, ao autor da acção pauliana que procede sobre os bens transmitidos pelo acto impugnado, constituem uma restrição ao direito de propriedade do adquirente, designadamente em matéria de disposição, alienação ou oneração - tal realidade tem reflexos ao nível do registo predial;

13ª - O que releva para efeitos do art.° 3º do CRP é o fim visado pela acção e suas consequências, o que significa que para a registabilidade da acção de impugnação pauliana é irrelevante a questão da sua natureza jurídica. Esta registabilidade não se determina, assim, pela natureza real do direito invocado como fundamento da pretensão do autor numa acção, mas antes pelos seus efeitos, quer estes decorram de um direito real ou de um direito de crédito, como é o caso sub judice;

14ª - Atenta a função do registo predial, no âmbito de uma acção de impugnação pauliana e quando estão em causa bens imóveis (publicidade da situação jurídica do bem, acautelar a segurança do tráfico jurídico imobiliário por parte de terceiros de boa-fé e impedir o registo definitivo das subsequentes

alienações), o seu não cumprimento registral deixa desprotegido o credor (ora recorrente) e protege o vendedor de má-fé;

15ª - Ao não ser entendido assim, é esvaziado todo o sentido e espírito

subjacente ao instituto de impugnação pauliana - perdendo ele, todo o seu efeito útil;

16ª - Só se procedendo ao registo da acção pauliana, publicitando a mesma, impedir-se-á o registo definitivo das subsequentes e sucessivas alienações do bem em causa – assegurando, desta forma, a segurança do comércio jurídico imobiliário (art. ° 1° da CRP);

17ª - E, prevenir-se-á situações de surpresa, susceptíveis de comprometer a segurança do tráfico jurídico imobiliário, por parte de terceiros de boa-fé;

18ª - Ainda que o mesmo registo seja lavrado provisório por natureza (art.° 92°, n.° 1, alínea a) do CRP), convertendo-se em definitivo ou caducando (posteriormente) consoante a procedência ou não da acção;

19ª - Sobre esta temática já decidiram, entre outros, Tribunal da Relação de Lisboa (Proc. 2208/2003-7, de 20/05/2003, in www.dgsipt), e Tribunal da Relação de Coimbra (Proc. 2027/02, de 15/10/2002, in wwwdsipt), os quais consideraram registável a acção de impugnação pauliana de actos relativos a imóveis – como é o caso dos presentes autos;

20ª - Resulta das conclusões 8ª a 21ª, que a acção de impugnação pauliana (como é a acção em questão), por imposição do art. 2°, n.°1, alínea u) do Código de Registo Predial, por remissão do art. 3º, n.°1, alínea a) desse diploma legal (na redacção anterior ao DL n.° 116/2008, de 04/07), deve estar sujeita a registo predial;

21ª - A decisão de que ora se recorre violou as disposições legais supra referidas, as quais devem se interpretadas no sentido de que este tipo de acção está sujeito a registo predial;

22ª - Os Acórdãos do STJ Uniformizadores de Jurisprudência deixaram de ter força obrigatória geral e de ser fonte de direito em face do Acórdão do Tribunal Constitucional n.° 910/95, de 7 de Dezembro, pelo que o Acórdão do STJ de Uniformização de Jurisprudência n.° 6/2004, invocado na sentença ora em crise, não constitui fundamento jurídico suficiente para negar registabilidade das acções de impugnação pauliana".

Contra-alegou a apelada, pugnando pela manutenção do julgado.

.....

O âmbito do recurso é delimitado pelas conclusões dos recorrentes, nos termos do disposto nos artºs 684º, n.º 3, e 685º-A, n.º 1, do C. de Proc. Civil, na versão introduzida pelo Dec. Lei nº 303/2007, de 24/8.

De acordo com as apresentadas conclusões, a questão a decidir por este Tribunal é a de saber se está sujeita a registo a acção de impugnação pauliana instaurada pelo ora apelante em 7/11/2007.

Foram colhidos os vistos legais.

Cumpre decidir.

.....

OS FACTOS

Na sentença recorrida, foram dados como provados os seguintes factos:

1º - Em 7.11.2007, A... propôs no Tribunal Judicial de Leiria uma acção declarativa de condenação sob a forma de processo ordinário, na qual formula o pedido que segue: "que seja declarada a impugnação pauliana do negócio (dação em cumprimento) formalizado no documento nº 3, o qual se encontra registado na CRP da Marinha Grande como inscrição G-3 do prédio descrito sob o nº 06923/200792 – Marinha Grande, com os efeitos previstos no art. 616º, do C. Civil, em benefício do crédito do A. identificado no art. 15º, desta p.i., no valor de 79.807,66€ e respectivos juros legais, contados desde a data da citação";

2º - Foi requerido o registo da acção na Conservatória do Registo Predial da Marinha Grande, mediante apresentação nº 74, de 9.11.2007;

3º - (A) Exª Senhora Conservadora do Registo Predial da Marinha Grande, por despacho de 21.11.2007, recusou o registo de tal acção;

4º - Interposto recurso hierárquico, foi mantida a decisão de recusa de registo, por despacho proferido em 19.5.2008.

.....

O DIREITO

De acordo com o disposto no art.º 610.º do C. Civil, os actos que envolvam diminuição da garantia patrimonial do crédito e não sejam de natureza pessoal podem ser impugnados pelo credor, se concorrerem as circunstâncias seguintes:

a) Ser o crédito anterior ao acto ou, sendo posterior, ter sido o acto realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor;

b) Resultar do acto a impossibilidade, para o credor, de obter a satisfação integral do seu crédito, ou agravamento dessa impossibilidade.

A impugnação pauliana enquadra-se nos meios conservatórios da garantia patrimonial, representada pelo património bruto penhorável do devedor. Consiste ela na faculdade que a lei confere aos credores de atacarem judicialmente certos actos válidos, ou mesmo nulos, celebrados pelos devedores em seu prejuízo. A nossa lei actual não submete os actos susceptíveis de impugnação pauliana ao regime da nulidade, antes atribui ao instituto natureza pessoal. Quer dizer, através da impugnação pauliana faz-se apenas valer um direito de crédito à restituição, enquanto isso é imposto pelo interesse da pessoa que a utiliza (v. Almeida Costa, Nótula a propósito da impugnação pauliana, R.L.J., Ano 132.º, 3903, 165; Menezes Cordeiro, C.J., Ano 17.º, 3.º, 55; e, por todos, o Ac. do S.T.J. de 18/5/99, B.M.J. n.º 487.º, 287).

Tem como requisitos, de acordo com o citado normativo, que o acto praticado pelo devedor envolva diminuição da garantia patrimonial, desde que daí resulte a impossibilidade para o credor de obter a satisfação integral do seu crédito ou, pelo menos, o agravamento dessa possibilidade e não ser o acto de natureza pessoal.

Além disso, exige-se que o crédito seja anterior ao acto ou, sendo posterior, tenha sido o acto realizado dolosamente com o fim de impedir a satisfação do direito do futuro credor. Tratando-se de acto oneroso, é, ainda, necessário que o devedor e o terceiro tenham agido de má fé, consistindo esta na consciência do prejuízo que o acto causa ao credor (art.º 612.º, n.ºs 1 e 2, do C.C.).

Mas não são os requisitos da impugnação pauliana que aqui estão em discussão. O que aqui releva é saber se uma acção de impugnação pauliana instaurada pelo ora apelante em 7/11/2007 está sujeita a registo.

Como se sabe, discutiu-se bastante esta questão no âmbito da vigência do Código do Registo Predial de 1984. Havia quem defendesse o registo deste tipo de acções e quem, perante a natureza obrigacional da pretensão objecto da acção pauliana, negasse esse registo. Há inúmeros acórdãos dos tribunais superiores num e noutro sentido, como, de resto nos dão sobeja conta os autos, designadamente a alegação recursiva do apelante.

A questão veio a ter o seu epílogo com a publicação do Acórdão nº 6/2004 do Supremo Tribunal de Justiça, tirado no plenário das Secções Cíveis (publicado no Dº Rª, 1ª Série-A, de 14/7/2004), onde se consagrou que, para fixação de jurisprudência, "a acção pauliana individual não está sujeita a registo predial".

Argumenta, porém, o apelante que os Acórdãos do STJ Uniformizadores de Jurisprudência deixaram de ter força obrigatória geral e de ser fonte de direito em face do Acórdão do Tribunal Constitucional n.° 910/95, de 7 de Dezembro, pelo que o Acórdão do STJ de Uniformização de Jurisprudência n.° 6/2004 não constituiria fundamento jurídico suficiente para negar registabilidade das acções de impugnação pauliana. Salvo o devido respeito, não podemos concordar com o apelante.

Os assentos, que, por força do disposto no artº 2º do Código Civil, fixavam doutrina com força obrigatória geral, após a declaração de inconstitucionalidade daquele preceito (Ac. do T.C. nº 7434/96, in Dº Rª 1ª Série-A, de 18/7/96), deram, como se sabe, lugar aos acórdãos para uniformização de jurisprudência, passando aqueles a ter o valor destes, nos termos dos artºs 732º-A e 732º-B do C. de Proc. Civil.

Como se escreveu no Ac. do S.T.J. de 9/3/2000 (B.M.J. nº 495º, 276), os acórdãos para uniformização da jurisprudência continuam, porém, a ter força vinculativa. É certo que podem ser alterados pelo plenário das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, mas isso não significa que, enquanto em vigor, isto é, enquanto não forem alterados, não sejam vinculativos.

A alteração só terá lugar, continua aquele douto aresto, quando razões ponderosas a aconselhem, tendo em conta que o direito deve acompanhar a evolução social. Doutro modo, frustrar-se-ia o alcance almejado, que se traduz na necessidade que as pessoas têm de sentir alguma segurança e estabilidade da jurisprudência.

E, como se observa no Ac. do S.T.J. de 4/3/97 (C.J., 1997, 1º, 115), uniformizar ou fixar jurisprudência tem o mesmo significado na ordem judicial, até revisão de cada assento ou nova uniformização de jurisprudência.

Como expressivamente se assinala naquele douto aresto, "a lei poderia, pura e simplesmente, ter acabado com a uniformização de Jurisprudência da competência do STJ. E os Juízes deste Supremo, excessivamente assoberbados com processos, com a orgânica e os processamentos que existem, até poderiam ficar menos preocupados. Mas, a clareza e a segurança que resultam dessa uniformização são importantes para os cidadãos e, naturalmente por isso, a uniformização foi mantida, embora se tivesse eliminado a palavra Assento. Só que não é das palavras que o Direito vive, é do seu conteúdo".

Nas palavras de Abrantes Geraldes (Valor da Jurisprudência Cível, publicado na C.J. (S.T.J.), 1999, 2º, 5), "a segurança jurídica das decisões judiciais, a eficácia do sistema, o respeito pelo princípio da igualdade e a imagem externa dos tribunais

ficarão mais bem salvaguardadas se forem respeitadas as correntes jurisprudenciais que se formarem sobre as questões que suscitam mais polémica. E se estas correntes jurisprudenciais adquirirem tal pujança que seja "qualificadas" pelo Supremo Tribunal de Justiça como doutrina uniformizadora mais se imporá a adesão dos restantes tribunais.

Consequentemente, devendo os juízes abdicar de alguns excessos individualistas que ainda marcam, por vezes, a via judiciária, o respeito pela qualidade e pelo valor intrínseco da jurisprudência uniformizada do STJ conduzirá a que só razões muito ponderosas poderão justificar desvios de interpretação das normas jurídicas em causa (v.g. violação de determinados princípios que firam a consciência jurídica ou manifesta desactualização da jurisprudência face à evolução da sociedade)".

A abolição da força vinculativa dos Assentos merecerá que, no espírito colectivo, fique cimentada a convicção de que, em princípio, ressalvadas certas situações em que a adesão à doutrina uniformizadora seja susceptível de ferir seriamente a sensibilidade jurídica do juiz, o que de resto aqui não ocorre, deve este colocar acima das opções individuais as posições dominantes na jurisprudência.

Ao aderir e perfilhar, pois, a doutrina do citado Acórdão Uniformizador de Jurisprudência nº 6/2004, nenhuma censura nos merece a sentença recorrida, pelo que, à luz de tal doutrina, nenhuma dúvida se levanta sobre a desnecessidade do registo das acções em causa.

O certo, porém, é que o Dec. Lei nº 116/2008, de 4/7, veio dar nova redacção ao artº 3º do citado Código do Registo Predial, nele sujeitando a registo as acções de impugnação pauliana.

Na verdade, de acordo com a al. a) do nº 1 daquele preceito, estão igualmente sujeitas a registo as acções que tenham por fim, principal ou acessório, o reconhecimento, a constituição, a modificação ou a extinção de algum dos direitos referidos no artigo anterior, bem como as acções de impugnação pauliana.

Perante esta inovação legislativa, o apelante defende a registabilidade da acção em causa, questão sobre que a sentença recorrida não se pronunciou, já que só na alegação recursiva para esta Relação o apelante suscita a aplicação daquela alínea a) à acção em apreço. Mas, uma vez mais, sem razão alguma.

Aquele diploma legal, salvo excepções que nele estão contempladas e aqui não estão em causa, entrou somente em vigor no dia 21 de Julho de 2008 (vide respectivo artº 36º).

O legislador daquele Dec. Lei 116/2008 inovou ao preceituar que as acções de impugnação pauliana estão sujeitas a registo. Anteriormente, como supra ficou referido, desde a publicação do referido Acórdão Uniformizador de Jurisprudência, era aceite que tal tipo de acções não carecia de registo. Por isso, não estamos em presença de lei interpretativa (vide artº 13º do C. Civil).

Nos termos do disposto no artº 9º deste último código, a lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.

Este preceito mantém o princípio tradicional de não retroactividade das leis, no sentido de que elas só se aplicam para o futuro. E mesmo que se apliquem para o passado – eficácia retroactiva – presume-se que há a intenção de respeitar os efeitos jurídicos já produzidos (vide Pires de Lima e Antunes Varela, C.C. Anotado, 4ª ed., vol. 1º, 61).

A doutrina alemã – que tão de perto influenciou o nosso legislador de 66 – ensina o princípio fundamental, que deriva imediatamente da essência de mandato que tem o direito, é o de que, na dúvida, é de supor que toda a proposição jurídica quer dispor unicamente para o futuro e não para o passado.

As normas jurídicas que determinam o efeito de um facto (de que derivam, portanto, o nascimento, a extinção ou a modificação de uma relação jurídica) referem-se unicamente aos factos futuros dessa espécie.

As normas que se referem imediatamente aos próprios direitos, isto é, abstraindo dos factos do seu nascimento ou da sua extinção, do seu conteúdo ou do seu efeito, da sua existência ou da sua inexistência, regem, igualmente, para o futuro, mas abrangem os direitos dessa índole já existentes, que passarão a ter, daí em diante, o conteúdo ou efeito previstos na nova lei (vide Rodrigues Bastos, Notas ao Código Civil, vol 1º, 47).

Podendo, embora, o legislador do aludido Dec. Lei nº 116/2008 ter mandado aplicar retroactivamente o artº 3º, nº 1, al. a), do C. do Registo Predial, no que se refere ao registo das acções de impugnação pauliana, o certo é que o não fez.

Por isso, em obediência ao princípio de que as leis só dispõem para o futuro, ínsito no citado artº 12º, só serão registáveis as acções de impugnação pauliana instauradas após a entrada em vigor daquela alínea a), o que ocorreu, como se disse, em 21 de Julho de 2008. As acções da mesma natureza instauradas anteriormente àquela data, por força da doutrina do citado Acórdão nº 6/2004, não estavam sujeitas a registo.

Ora, a acção a que os autos respeitam foi instaurada em 7 de Novembro de 2007, ou seja, muito antes da entrada em vigor do diploma que tornou obrigatório o registo das acções de impugnação pauliana.

Como tal, a acção intentada pelo ora apelante não estava, nem está, sujeita a registo. Bem andou, por isso, a sentença recorrida ao negar provimento ao recurso interposto da decisão da Ex.ma Conservadora do Registo Predial que denegou o registo da acção, pelo que, improcedendo as conclusões da alegação recursiva do apelante, a sentença recorrida terá de se manter.

DECISÃO

Nos termos expostos, decide-se julgar a apelação improcedente e, em consequência, confirma-se a sentença recorrida.

Custas pelo apelante.

(Assinaturas)

Cristian Bazanella Longhinoti - Advogado, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC; Mestrando e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa – Portugal.

Juliana Rodrigues de Souza - Advogada, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Pós-Graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS; Mestranda e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa – Portugal

Data Venia
Ano 5 ● N.º 07 [pp. 231-246]

A remuneração dos administradores e a situação económica de crise

Patrícia Assunção Soares
Advogada Estagiária

Resumo:

O presente trabalho seguiu uma opção atualista de análise de temas que estão na ordem do dia do domínio jurídico-societário e que têm desencadeado fenómenos de crise no seio das Instituições Financeiras. Nesta perspetiva, o estudo deste tema tem o intuito de tentar compreender, em concreto, qual a preponderância da circunstância remuneratória e dos seus contornos na sustentabilidade financeira das sociedades.

Assim, aprofundarei o tema específico da Remuneração dos Administradores, através da análise e funcionamento das comissões de remunerações, o seu impacto na sustentabilidade empresarial dos fenómenos de crise, os deveres que estão subjacentes aos administradores numa situação de crise económica e o caso específico das Instituições Bancárias.

A remuneração dos administradores e a situação económica de crise

Patrícia Assunção Soares
Advogada Estagiária

Sumário: 1. Dever de gestão. 2. A remuneração dos administradores e a crise financeira. 2.1. A comissão de remunerações. 2.2. A crise de 2008 no contexto das remunerações. 2.3. A responsabilidade dos administradores. 2.4. O caso específico das instituições bancárias. 2.5. Análise futurista da corporate governance em Portugal.

Abreviaturas: CSC – Código das Sociedades Comerciais; CC - Código Civil

1. Dever de gestão

É pacífico entre a doutrina portuguesa, que se admita a existência de um dever de gestão. No entanto, a sua fundamentação gera algumas dificuldades que têm sido objeto de debate entre a Doutrina. Todavia, para alguns Autores, este dever carece de consagração é negada a sua existência jurídica. Para esta corrente doutrinária, a análise do normativo plasmado no art. 64.º do CSC, não suplanta quaisquer dúvidas, uma vez que lhe atribuiu um carácter parcelar, considerando que, não constitui fonte da obrigação de indemnizar. Destarte, considera que, juridicamente, a responsabilidade civil baseada no dever de gestão apenas de verifica em erros grosseiros do gestor, estando no substrato da responsabilidade do administrador o Princípio geral da Boa-fé.

Por seu turno, o Professor ANTUNES VARELA[1] considera que, a alusão ao dever de diligência tem que ver diretamente com a culpa do administrador;

[1] "Corporate Governance" – Pedro Caetano Nunes, Almedina, Março de 2006 – Pág. 18

já, PEREIRA DE ALMEIDA[2] entende que, a responsabilidade dos administradores provém da violação de obrigações funcionais.

Em nosso entendimento, o art. 64.º do CSC é cristalino na sua redação, sendo muito explícito, ao partir da sua própria epígrafe. Ora, refere no seu nº1 alínea a), que o gestor deve observar *"deveres de cuidado"* (...) *empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado"*. A interpretação da letra da lei parece-nos clara quanto a esta questão, bastando para tal, a sua epígrafe *"deveres fundamentais"*. A jurisprudência existente na temática da responsabilidade dos administradores reconhece que o art. 64.º CSC consagra um dever de gestão diligente[3], sendo que existem decisões que seguem o sentido da consagração de um dever de vigilância.

Em nossa opinião, no que concerne ao art. 64.º CSC, estamos perante uma verdadeira cláusula geral do dever de diligência. Em primeiro lugar, pela conclusão que se extrai da interpretação literal da norma e, em segundo lugar, porque esta estatui e determina a conduta devida que ao gestor se deve impor. Portanto, daqui se extrai, que em caso de não cumprimento do dever de diligência (e de gestão criteriosa), o gestor incorrerá em responsabilidade pela omissão dos seus deveres. Questão diferente é a que se nos oferece quanto à fundamentação e concretização do dever de diligência, para aferirmos como e em que medida existe responsabilidade do gestor.

Com efeito, o gestor deve agir de forma diligente e criteriosa, no entanto, o cumprimento deste dever desdobra-se na necessária observância de outros deveres que estão intrinsecamente alicerçados a este. Desde logo, o dever constante da cláusula geral da boa-fé previsto no art. 762.º n.º2 do CC poderá ser aqui aplicado analogicamente.

Ora, vejamos: se o art. 64º CSC configura uma conduta devida para o gestor, este incorre na obrigação de se comportar de acordo com os padrões de diligência previstos no normativo referido e no cumprimento dessa obrigação

[2] "Corporate Governance" – Pedro Caetano Nunes, Almedina, Março de 2006 – Pág. 19

[3] Ac. STJ de 23-05-2002 (Relator: Abel Freire)

deverá proceder de boa-fé, observando o comportamento do *Bonus Pater Familias*.

Na mesma esteira, se verificam pois, o dever de transparência e de informação, cujo conteúdo se observa, (por exemplo), na obrigação prevista no art. 65º CSC, que se reporta ao dever de relatar a gestão e apresentar contas, de acordo com a situação anual da sociedade.

Por fim, é imperioso referir, o dever de lealdade. Para MENEZES CORDEIRO[4], o dever de lealdade encontra-se cumprido quando aquele que atua, o faz de um modo correto e previsível, sendo estes os dois elementos constitutivos deste dever. Para o Autor, o dever de lealdade impõe, uma atuação positiva por parte do gestor que é fruto da aproximação deste princípio ao Princípio da Boa Fé, na vertente da *"primazia da materialidade subjacente"*.

No domínio do *Corporate Governance*, a matéria dos deveres dos administradores é fundamental, na medida em que, o seu não cumprimento traduzir-se-á em responsabilidade por parte dos administradores e em última instância na sua justa causa de destituição, de acordo com o art. 403.º n.º4 CSC, conforme *infra* se abordará.

2. A remuneração dos administradores e a crise financeira

Em face do contexto de crise económica que nos surgiu em 2008, o tema da Remuneração dos Administradores tem suscitado cada vez mais controvérsia no âmbito da *Corporate Governance*.

Na abordagem desta temática, há desde logo uma questão que nos surge e que se prende com o fim último da obtenção de benefício por parte dos titulares dos órgãos. Ora, *o titular do órgão social exercerá as suas funções na busca pelos seus interesses próprios ou no interesse da sociedade, aquando da verificação do cenário de crise?* Esta é uma interrogação que há muito é discutida e traz consigo os chamados *"custos de agência"* inerentes à Teoria da Agência. Os citados

[4] http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=54103&ida=54129

custos, querem significar o distanciamento que existe entre quem exerce o controlo e quem detém a propriedade das sociedades anónimas. Ora, esta dualidade entre propriedade e controlo, remete-nos para questões como a validade da atuação dos gestores, indagando, no fundo, sobre a prossecução dos seus interesses próprios, em detrimento dos interesses sociais, com o objetivo de obter sempre maior remuneração.

Este fenómeno de divergência de interesses entre a sociedade e quem a administra nem sempre é refletido, uma vez que, em última análise, se a sociedade for bem sucedida, resultará a competência de quem a administra e a consolidação da posição da sociedade no mercado. Consequentemente, o montante das remunerações será fixado de acordo com o sucesso alcançado e portanto, verificar-se-á uma tendência para a igualdade entre os interesses individuais do gestor e os interesses da sociedade.

No entanto, esta simultaneidade de interesses torna-se, por vezes, absolutamente aparente. Pensemos num cenário de crise e numa sociedade com uma situação financeira muito enfraquecida. Neste tipo de casos, os membros dos órgãos da administração, pretenderão manter a sua remuneração estabelecida durante o máximo período de tempo possível e tenderão por isso, a disfarçar esta situação de insucesso para o mercado e a correr riscos excessivos para a sociedade, fruto da tentativa de adiar e camuflar a situação societária negativa que se avizinha eminente. Em síntese, tenderão a prosseguir os seus interesses próprios e detrimento dos interesses da sociedade, ainda que aparentemente se demonstre o contrário.

Pelo exemplo acima exposto, não se quer concluir que numa sociedade com bons resultados e de uma forma geral bem sucedida, não se verifiquem problemas relativamente à matéria da remuneração.

Assim, perante, situações em que, a concretização de ambos os interesses é efetiva, também se poderão verificar situações de mera aparência. Nestes casos, pense-se por exemplo, na manipulação de resultados contabilísticos relativamente aos ativos existentes pelos membros dos órgãos da sociedade ou do passivo existente; na manipulação de resultados do seu trabalho com vista à

obtenção de um valor mais avultado no seu direito à parte variável da remuneração.

Na base desta realidade, na divergência ou convergência de interesses entre *propriedade vs. controlo*, encontra-se a questão a que a Doutrina frequentemente apelida de *"assimetria informativa"*. Ora, a posição dos administradores relativamente aos acionistas é de vantagem, uma vez que, aos últimos é difícil controlar e certificarem-se pormenorizadamente se o exercício da gestão está a ocorrer de modo eficaz. Portanto, uma comunicação eficiente e disseminação da informação, tendo como substrato a transparência, constitui o primeiro passo para que o domínio da matéria remuneratória seja determinado de uma forma rigorosa e equitativa, que promova o crescimento sustentado e sustentável da sociedade.

Da análise do regime legal, de acordo com o art. 399.º n.º 1 e 2 CSC, a remuneração pode ser certa ou consistir parcialmente numa percentagem dos lucros de exercício, sendo certo que essa percentagem destinada aos administradores deve estar autorizada pelo contrato de sociedade. Do exposto, se poderá concluir que, resulta que a lei permite que a remuneração seja totalmente certa ou que seja constituída por uma parte certa e outra variável.

O Instituto Português de *Corporate Governance* recomenda, no Código de Governo das Sociedades de 2012, que a remuneração tenha natureza variável no que diz respeito aos administradores executivos, justificando na sua Recomendação V.3.1., que tal tem em vista o alinhamento dos interesses entre a sociedade e os administradores e que a natureza variável deve refletir o desempenho sustentado da sociedade e não a assunção de riscos excessivos[5]. A Recomendação V.3.2. refere, por seu turno, que *"uma parte significativa da componente variável deve ser parcialmente diferida no tempo, por um período não inferior a três anos"*.[6]

Questão importante e mediática que se debruça sobre esta temática é a da concretização do montante adequado à remuneração. Neste sentido,

[5] http://www.cgov.pt/ficheiros/Codigo_maio_2016_versao_para_consulta_VF.pdf

[6]Neste sentido, também: http://www.cgov.pt/ficheiros/Codigo_maio_2016_versao_para_consulta_VF.pdf

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO[7], considera que o montante da remuneração é adequado quando o seu nível for apto para motivar os administradores a uma gestão eficiente que capte os administradores mais competentes para a sociedade. Este é uma questão complexa, não só porque tem implicações na estabilidade governativa da sociedade como tem de ter em consideração os interesses dos *stakeholders*.

Atualmente, tem sido adotado com maiores índices positivos um esquema remunerativo que contém uma parte fixa e outra variável e é assim que recomenda também o *UK Corporate Governance Codex.*[8]

Por sua vez, o nº2 do art. 399.º, ao referir *"percentagem máxima dos lucros da sociedade"*, refere-se à *"participação nos lucros"*, enquanto que, o art. 294º n.º3 CSC prevê que, no caso de o contrato de sociedade ter previsto a participação nos lucros, esta só pode ser paga depois do pagamento dos lucros dos acionistas. Ora, na opinião de FÁTIMA GOMES[9], a remuneração variável, pode não consistir estritamente numa participação nos lucros mas sim ficar dependente de um evento indeterminado, como por exemplo o valor total da faturação da sociedade.[10]

Noutros ordenamentos jurídicos, mais concretamente nos países anglo-saxónicos, é muito frequente que a remuneração variável possa revestir outras modalidades que não a participação nos lucros. Podem, porém, ocorrer sob a forma de atribuição de bónus anuais, de aquisição de ações, de opções de subscrição ou de prémios. Nos casos mencionados, a sociedade obriga-se a prestar uma quantia pecuniária ou a conceder aos administradores o direito potestativo de adquirir ações.

[7] "A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal – Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto Portuguêsde Corporate Governance" – Almedina – Pág. 58 e ss.

[8] UK Corporate Governance Codex, 2012, Section 6: Remuneration.

[9] "A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal – Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto Portuguêsde Corporate Governance" – Almedina – Pág. 63 (*in O Direito aos Lucros e o Dever de Participação nas Perdas nas Sociedades Anónimas*, cit. Pág. 437 e ss.)

[10] "A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal – Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto Português de Corporate Governance" – Almedina – Pág.63

Em Portugal, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, a fixação das remunerações cabe, por regra, à assembleia geral de acionistas ou a uma comissão de remunerações (no sistema dualista, a competência é do conselho geral e de supervisão ou de uma comissão nomeada ou quando expressamente previsto no contrato sociedade, no art. 429.º CSC).

As razões do nosso legislador ao tomar essa opção prendem-se com um maior controlo na determinação da política de remunerações dos administradores e a partilha de informação, na promoção de práticas remuneratórias adequadas. No entanto, a Doutrina considera que estas razões não são assim tão evidentes, elencando que cabe a uma comissão de remuneração nomeada por este órgão, tudo isto com base na efetiva separação de funções. Do ponto de vista prático, também parece mais evidente que seja a comissão de remunerações a determinar a política utilizada, na medida em que, da assembleia geral não se pode esperar a disponibilidade para o desempenho de funções ligadas à gestão, nem a necessária rapidez e agilidade que é característica da realidade das sociedades e do mercado.

2.1. *A Comissão de Remunerações*

Com o intuito de aproximar a competência necessária e especializada e a independência de interesses exigida, na fixação das remunerações e seus montantes, foi criada a figura da comissão de remunerações. A criação das comissões de remuneração ocorreu com a Recomendação 2005/162/CE e foi aprofundada com a Recomendação 2009/3159/CE e a Directiva 2010/76/EU.

A lei portuguesa não estabelece a obrigatoriedade na criação da comissão, refere que esta é delegada da assembleia geral. De acordo com a Recomendação V.2.1. e V.2.2. do Código de Governo das Sociedades do Instituto Português de *Corporate Governance*, a comissão deve assegurar independência em face da administração da sociedade, devendo aprovar, no início de cada mandato, executar e confirmar, anualmente a política de remunerações dos membros dos órgãos, determinando as componentes fixas e caso existam, as componentes variáveis, bem como o seu diferimento. Com o objetivo de prestar informação

na assembleia geral, se a respetiva ordem de trabalhos incluir assunto conexo com a remuneração dos membros dos órgãos e comissões da sociedade ou se tal presença tiver sido requerida por acionistas, deve um membro da comissão de remunerações estar presente.

Quanto à divulgação pública das remunerações, o art. 3.º da Lei 28/2009, de 19 de Junho, estabelece a obrigação de divulgação pública da política de remuneração dos membros dos órgãos de administração e fiscalização e do montante anual auferido pelos mesmos, através dos documentos anuais de prestação de contas ou para as sociedades cotadas, no relatório anual sobre governo de sociedades.

A divulgação pública das remunerações tem como evidentes vantagens, a circulação de informação para os acionistas e o cumprimento dos deveres de lealdade e transparência, contribuindo também para um maior controlo e avaliação do mérito. Para uma parte da Doutrina, a obrigação de divulgação deve apenas existir em relação à declaração sobre políticas de remuneração dos membros dos órgãos e não à própria política de remunerações. Tal entendimento se justifica no sentido em que, a divulgação total da política remuneratória pode levar a que seja transmitida informação reservada que demonstre ao mercado concorrencial dados que podem ser prejudiciais à sociedade em questão.

2.2. *A crise de 2008 no contexto das Remunerações*

No surgimento da crise económica e financeira de 2008, assistimos a uma rotura dos mercados financeiros com impactos bastante significativos ao nível societário, sobretudo no que diz respeito à questão da remuneração, por esta ser considerada excessiva atendendo à situação financeira da sociedade.

Atendendo à natureza da relação de administração e de acordo com o art. 399º n.º 1 do CSC, a remuneração deve ser fixada, tendo em conta *"as funções desempenhadas"* e a *"situação económica da sociedade"*. Assim, estamos perante os dois critérios de fixação remunerativa que a lei estatui.

Ora, numa situação de crise financeira da própria sociedade ou de crise dos mercados financeiros, em que a posição da sociedade em causa se revele sensível, poderemos estar perante um caso de desrespeito pelo segundo critério de fixação da remuneração, tornando-se a mesma excessiva atendendo ao contexto referido.

Se a situação económica e financeira da sociedade se degradou ao longo do tempo, o que se impõe é que exista uma redução da remuneração dos administradores, devendo existir um comportamento voluntário da sua parte no sentido da redução da sua remuneração. Tal se explica na medida em que, o administrador conhece e tem consciência da situação que se vive e no cumprimento dos seus deveres de lealdade e diligência previstos no art. 64.º CSC deve agir desse modo.

Acresce que, sendo a natureza da relação de administração diferente da relação laboral, o administrador não goza da garantia da não redução da remuneração. Ora, do ponto de vista jurídico, perante uma alteração anormal das circunstâncias (neste caso reportamo-nos ao cenário de crise), em que a "*situação económica da sociedade"*, de acordo com o nº1 do art. 399º CSC, se mostre deficitária, a mesma pode ser reduzida.

A justificação para tal redução ocorre do facto de o CSC não proibir esta redução, prevendo a lei que a remuneração deve ser fixada de acordo com a situação económica, o que nos deixa margem de interpretação para concluir que este critério atua tanto no aumento como na redução da remuneração.

Por outro lado, atendemos ao art. 440º CSC, no seu nº3 que estatui que, a qualquer tempo a assembleia geral pode, reduzir ou aumentar a remuneração, tendo em conta os critérios já acima enunciados. Pese embora este normativo se dirija à remuneração dos membros do conselho geral e de supervisão, é possível estabelecer a analogia relativamente à situação em análise.[11] [12]

[11] Neste sentido, PAULO OLAVO CUNHA.

[12]Diferentemente, JORGE COUTINHO DE ABREU, apesar de não rejeitar em definitivo a solução acima consagrada, tem preferência pela aplicação analógica do art. 252º/2 do CSC, onde no caso das sociedades por quotas a redução da remuneração dos gerentes ocorre por via judicial.

2.3. *A Responsabilidade dos Administradores*

Se a remuneração do administrador se revelar excessiva e se se verificar que este manipulou de forma artificial o montante da sua remuneração – através de uma distorção de resultados – isto é, tenha aumentado de forma irreal os resultados positivos e ficcionado os resultados negativos e sobretudo tenha tido influência no que respeita à aprovação da deliberação social, a sociedade terá de ver ressarcidos estes montantes bem como os danos que lhe foram causados, pelos riscos incorridos de forma excessiva pelos administradores. Esta atuação por parte dos administradores é ilícita e violadora dos artigos 64º e 399º do CSC, no sentido em que se verificam incumpridos os deveres de diligência, lealdade e informação que obrigam os administradores, bem como, a não observação dos critérios de fixação da remuneração. Assim, coloca-se em causa a aplicação do art. 72º n.º1 CSC, com a qual concordamos, na medida em que os administradores respondem para com a sociedade pelos atos e omissões que praticaram, salvo se provarem que procederam sem culpa.

A circunstância da culpa nestes casos, reveste um carácter que impende sobre o próprio administrador de uma forma imediata, querendo isto dizer que, ao administrador é reconhecida a obrigação de conhecer e saber o conteúdo das funções que desempenha, bem como as consequências que as mesmas poderão ter para a sociedade – mais do que a qualquer outro colaborador da mesma – portanto, o não cumprimento dos seus deveres de lealdade, diligência e cuidado – sobretudo se ocorrerem em parâmetros de manipulação ou distorção informativa, gerará um juízo de censurabilidade imputável à conduta de desvalor que o administrador possa ter tomado.

Retomando os danos causados à sociedade que devem ser ressarcidos e que acima se referiu, poderia ser de concluir que estaríamos perante uma situação de enriquecimento sem causa, presente no art. 473º CC. À partida, tudo indicaria essa possibilidade, já que, se o administrador ficcionou resultados para manipular os montantes de remuneração e assim pretendeu aumentá-los, em última análise, enriqueceu ilicitamente à custa da sociedade.

Da análise do nº1 do art. 473º, pode ser retirada a existência de um vínculo jurídico fundamentado na circunstância de um agente que enriqueceu indevidamente sem causa justificativa, à custa de um outro agente empobrecido. Estamos perante a criação de uma obrigação de restituir e ademais, um devedor e um credor. Esta obrigação de restituir, fundada em enriquecimento do potencial administrador, pressupõe uma vantagem patrimonial para um lado (enriquecido-administrador) e por contrapartida, uma desvantagem patrimonial para o outro lado (empobrecido-sociedade).

Esta concepção de aplicação do instituto do enriquecimento sem causa ao domínio societário, nomeadamente à remuneração, consistiria na restituição dos benefícios ganhos pelo administrador que foram superiores aquilo que era a sua remuneração adequada e devida.

Não obstante a referência a este instituto, não se concorda com a sua aplicação em sede de Direito Societário. Ora, tal se justifica do seguinte modo: a previsão legal do art. 474º do CSC vem concretizar e direcionar o que a lei prevê no nº1 do normativo presente no art. 473º/1, na medida em que estatui que não existe lugar à restituição por enriquecimento sempre que a *"lei facultar empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído, negar o direito à restituição ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento."*

Neste caso, estamos perante a natureza subsidiária da obrigação, cuja expressão é epígrafe do artigo em apreço. Em termos societários e para o que agora nos incumbe investigar, consideramos que se verifica a primeira parte do art. 474º do CC, na parte em que enuncia que não existe lugar à restituição quando a lei facultar outro meio de ser ressarcido ou indemnizado.

Assim, no nosso entendimento, se considera que a lei confere essa mesma faculdade de a sociedade ser ressarcida no art. 75º do CSC e por isso, o fundamento jurídico-legal que serve de base ao ressarcimento e indemnização é o art. 75º do CSC, sem que por isso, haja necessidade de recorrer ao instituto do enriquecimento sem causa, que neste sede se afigura com um regime de natureza subsidiária (de acordo com a letra do art. 474º, n.º1, 1ªparte do CC).

2.4. *O caso específico das Instituições Bancárias*

Se a sustentabilidade das empresas e o seu crescimento sustentado através de políticas de governo adequadas, nomeadamente no que diz respeito ao tema a que agora nos dirigimos – a remuneração – é uma preocupação central do *Corporate Governance*, não menos evidente o é, relativamente às Instituições Bancárias.

Em 2010, o Banco de Portugal, no aviso nº1/2010, previu no seu artigo 2º/1/c) que, a declaração sobre a política de remuneração dos membros dos órgãos de administração, deve incluir *"informação sobre o modo como a remuneração é estruturada de forma a permitir o alinhamento dos interesses dos membros do órgão de administração com os interesses de longo prazo da sociedade bem como sobre o modo como é baseada na avaliação do desempenho e desincentiva a assunção excessiva de riscos".*[13]

De acordo com o Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras[14], nomeadamente de acordo com o seu artigo 115º-C/3, a política de remuneração das instituições de crédito deve respeitar, de forma adequada à sua dimensão e organização interna e à natureza, ao âmbito e à complexidade das suas atividade. Deve respeitar, os seguintes requisitos exigidos por este normativo: 115º-C/3/a) do RGICSF, prevê que a política de remunerações deve prosseguir uma gestão de riscos sã e prudente e não incentivar a assunção de riscos superiores ao nível de risco tolerado pela instituição de crédito; a alínea b) estatui que a mesma deve ser compatível com a estratégia empresarial da instituição de crédito, os seus objetivos, valores e interesses de longo prazo e incluir medidas destinadas a evitar conflitos de interesse; seguidamente está prevista a independência dos colaboradores que exercem funções de controlo e de gestão de risco em relação às unidades de estrutura que controlam; que a remuneração dos colaboradores que desempenham funções de gestão do risco e controlo é fiscalizada diretamente pelo comité de remunerações e distinguir de forma clara os critérios para a fixação da componente fixa da remuneração, fundamentados principalmente

[13] https://www.bportugal.pt/pt-PT/sibap/Lists/SIBAPAvisos/Attachments/25/H_000_1_2010a.pdf

[14] https://www.bportugal.pt/pt-PT/Legislacaoenormas/Documents/RegimeGeral.pdf

na experiência profissional relevante e na responsabilidade organizacional das funções do colaborador, e os critérios para a componente variável da remuneração, fundamentados no desempenho sustentável e adaptado ao risco da instituição de crédito, bem como no cumprimento das funções do colaborador para além do exigido – tal se reporta às alíneas c), d) e e) do artigo *supra* referido.

Tendo em conta os colapsos financeiros a que temos assistido por várias instituições bancárias nos últimos anos, alguma Doutrina considera que o sector bancário comporta parâmetros específicos no seio do Corporate Governance. PAULO CÂMARA[15] considera que essas especificidades existem e manifestam-se em duas ordens de razões. Desde logo, considera que os stakeholders e assim de agentes interessados/afetados por este sector envolvem um *"círculo particular"*; em segundo lugar, o autor refere a natureza das entidades reguladas pelo sector bancário, no que diz respeito à circunstância comportamental e prudencial, considerando que existe uma relação de estreita ligação entre este tipo de governação e a sua regulação; por fim, considera que este é um sector com especificidades governativas na medida em que assume um risco que se revela típico das instituições financeiras.

2.5. Análise Futurista da *Corporate Gonvernance* em Portugal

O alcance de uma visão de futuro no contexto do *Corporate Governance*, não se afigura, porém, uma tarefa de imediata concretização. Tal se justifica, pela dificuldade que existe em prever com certeza, os progressos futuros que poderão ocorrer.

Na opinião de PAULO CÂMARA[16], as razões que fundam esta dificuldade consubstanciam-se em quatro fatores: Em primeiro lugar, pelo constante e necessário aprimoramento das estruturas decisórias das organizações societárias – o que traz grande complexidade – à possibilidade de se afirmar

[15] "O governo societário nos bancos – em particular, as novas regras e recomendações sobre remunerações na banca", Paulo Câmara.

[16] "A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal – Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto Portuguêsde Corporate Governance" – Almedina – Pág. 146

que são atingidas certezas no que toca às diretrizes previstas em *Corporate Governance*; em segundo lugar, destacam-se as transformações frequentes na atividade regulatória deste sector, que causa alguma instabilidade na sua previsão evolutiva. Como terceira razão, é possível elencar, o argumento de que o *Corporate Governance* representa um espectro da atualidade económica atual, que como sabemos, é instável. As alterações que surgiram em termos normativos e regulatórios advindas da crise financeira, geraram uma constante necessidade de articulação dos diplomas existentes e das práticas a aplicar no governo das sociedades, assumindo uma *"natureza cíclica"*[17] que poderá ser novamente modificada em contexto de outras crises que possamos atravessar; Por último, o futuro do *Corporate Governance* encontra-se ainda difícil de prever, atendendo a episódios societários tumultuosos, que geram necessidade de intervenções legislativas, (como por exemplo: caso Parmalat).

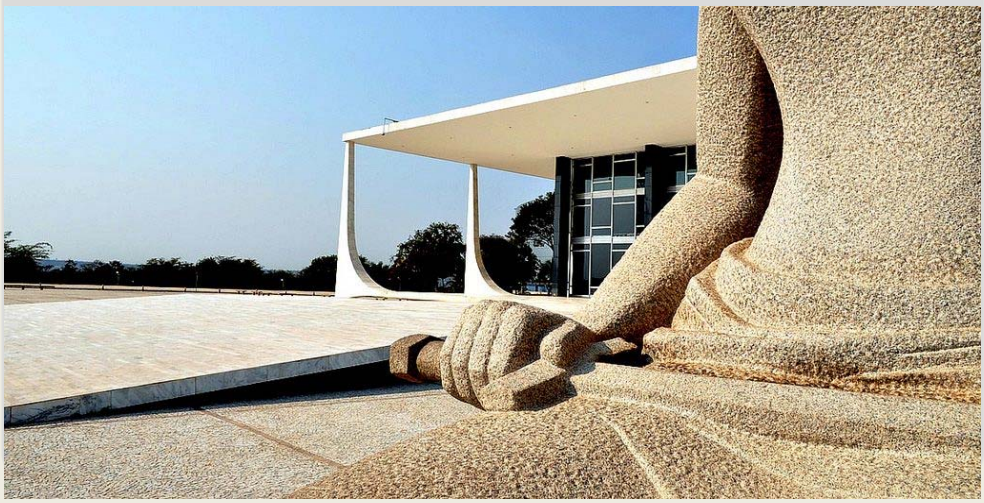
Em nossa opinião, o desenvolvimento do *Corporate Governance* corresponde a uma matriz gradual e expansiva, com tendência à transversalidade de temas que possam ir ao encontro das práticas de governação societária. Em constante mutação, enfrenta desafios a todo o momento, quer seja em contexto de crise financeira quer sejam recomendações de estudos ou de relatórios realizados. Tal conclusão pode ser retirada, por exemplo, da análise do estudo realizado pela Católica Lisbon School of Business & Economics em parceria com a Associação de Empresas Emitentes de Valores Cotados em Mercado (AEM), que no ano de 2011 se verificou um crescimento muito positivo da adoção das práticas de governação societária em Portugal, comparativamente com o ano anterior.[18]

Patrícia Assunção Soares
Advogada Estagiária

[17] "A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal – Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto Portuguêsde Corporate Governance" – Almedina – Pág. 147

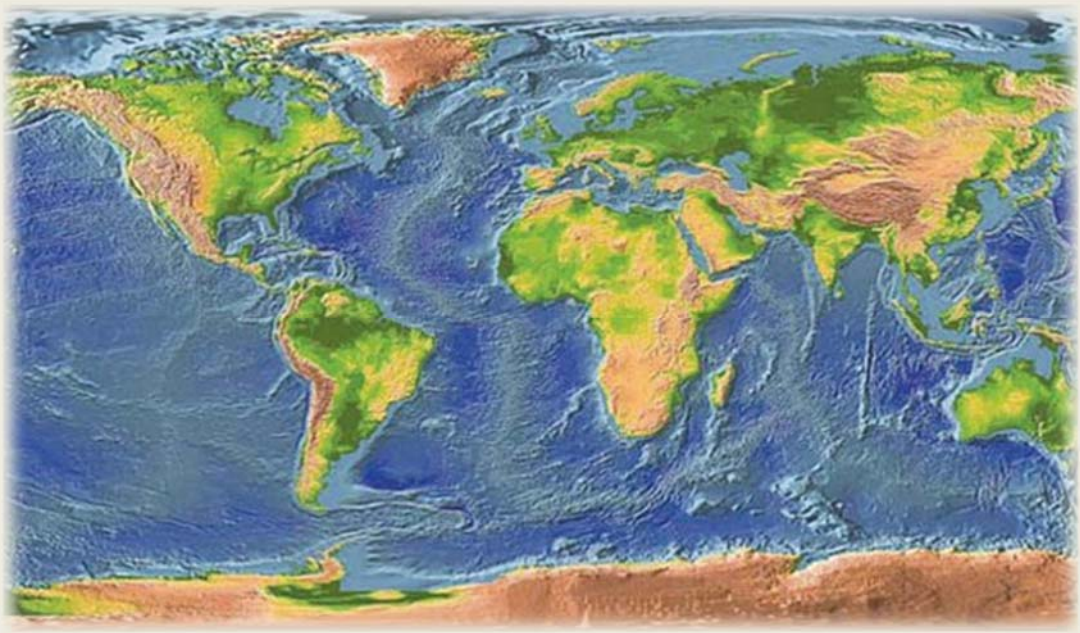
[18] http://visao.sapo.pt/opiniao/silnciodafraude/2013-01-17-Como-estamos-de--Corporate--Governance-1

direito comparado



dIREITO Brasileiro

Data Venia
Ano 5 ● N.º 07 [pp. 249-262]



Uma crítica ao pedido de aumento do mar territorial brasileiro

Allen dos Santos Pinto Silva Filho
Mestrando de Direito da Universidade Cândido Mendes. Assessor de Órgão Julgador do TJRJ

Resumo: Aborda-se a soberania brasileira sobre o mar territorial e suas áreas de atuação. Como o pleito de aumento do mar territorial brasileiro pode ocasionar não um benefício econômico, mas, sim, um risco ao país.

Abstract: Brazilian sovereignty over the territorial sea and its areas of action is addressed. Since the increase in the Brazilian territorial sea may cause not an economic benefit, but a risk to the country

Uma crítica ao pedido de aumento do mar territorial brasileiro

Allen dos Santos Pinto Silva Filho
Mestrando de Direito da Universidade Cândido Mendes. Assessor de Órgão Julgador do TJRJ

Sumário: Introdução. 1. Nossa fronteira está protegida? 2. Quando o pato entrou no território nacional. 3. O pato deu um mergulho profundo e viu como somos ricos. 4. Análise Econômica do Direito do aumento do território. 5. Conclusão. Referências.

Palavras-chave: Zonas costeiras e mares. Soberania. Desenvolvimento

Introdução

O Brasil no ano de 2004 solicitou à Comissão de Limites da Plataforma Continental das Nações Unidas (CLPC) o aumento do seu mar territorial, com a intenção de instituir a Amazônia Azul, localizada na Zona Econômica Exclusiva brasileira.

Enquanto tramita o pleito, não se verifica nenhum aumento na atuação das Forças Armadas para proteger esse futuro e incerto território nacional.

Em tempos de crise, o que se pretende nesse artigo é analisar se vale a pena ser responsável por uma área maior do que se pode tutelar.

1. Nossa fronteira está protegida?

Em 2007, um grupo bastante invulgar de náufragos deu à costa no norte da França. Era constituído por patinhos de borracha e acabava de concluir uma viagem épica com 15 anos de duração, iniciada em janeiro de 1992, data em que

um navio que viajava entre Hong Kong e os Estados Unidos perdeu parte da carga durante uma tempestade.

Um dos contentores caídos ao mar continha 28.800 brinquedos, alguns dos quais tinham aparecido anos antes na costa australiana e na costa leste dos Estados Unidos.

Outros atravessaram o Estreito de Bering e o Oceano Ártico, tendo chegado à Gronelândia, ao Reino Unido e à Nova Escócia.[1]

Quando li a reportagem, conclui que estando no Rio de Janeiro, não veria os patos de borracha, principalmente após a despoluição da baía de Guanabara para as Olimpíadas.

No entanto, vi o pato em águas brasileiras. O que me fez refletir que a despoluição da baía de Guanabara não aconteceu, ou se aconteceu, só ficou "limpa" até o fechamento das Olimpíadas, ou melhor até a abertura da tubulação da CEDAE que despeja esgoto sem qualquer intervenção do Estado ou do Poder Judiciário. Mas isso não é o assunto.

Após esse rápido desvio de rota, minha mente inquieta e instigada pelos estudos desenvolvidos no Mestrado de Direito promovido pela Universidade Cândido Mendes, e mais precisamente, por uma recente lembrança do seminário apresentado sobre Estado, não pude evitar o pensamento: esse pato fere a soberania brasileira? Traz algum prejuízo econômico?

2. Quando o pato invadiu o território brasileiro

Ao naufragar em janeiro de 1992 no meio do Oceânico Pacífico[2], aproximadamente os 29.000 mil patos velejaram 80.000 quilômetros em alto mar, até chegarem na costa brasileira e ultrapassar o limite imposto pela legislação nacional e internacional quanto à faixa de mar territorial.

[1] http://www.eea.europa.eu/pt/sinais-da-aea/sinais-2014/em-analise/o-lixo-nos-nossos-mares

[2] http://www.elmundo.es/cronica/2003/408/1060606790.html

É sabido que o Estado brasileiro exerce soberania em relação à faixa correspondente ao seu mar territorial, bem como em relação ao espaço aéreo sobre o mar territorial e ao leito e subsolo sob o mar territorial.

Em que pese a soberania estatal sobre o mar territorial, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar[3], assegura o direito de passagem inocente[4], pelo mar territorial aos navios de todos os Estados. Aqui podemos responder parte da pergunta: Sim, o pato feriu a soberania nacional[5], visto que ultrapassou o limite estabelecido como passagem inocente e adentrou no mar territorial brasileiro sem permissão das autoridades competentes.

Define a Convenção que passagem inocente, tem com requisito essencial a natureza rápida e sem interrupções, salvo as decorrentes de incidentes normais da navegação e as que se derem por motivo de força maior ou dificuldade grave, assim como as feitas por motivo de auxílio a pessoas, navios ou aeronaves em perigo ou dificuldades graves:

> a) atravessar o mar territorial sem penetrar nas águas interiores, nem fazer escalas, em um ancoradouro ou instalações portuárias fora das águas interiores; e
>
> b) dirigir-se para as águas interiores ou sair delas, ou fazer escalas em um ancoradouro ou instalações portuárias.

Não será considerada passagem inocente, dentre outras, quando no trânsito do navio, pelo mar territorial, este desenvolver qualquer atividade que não esteja diretamente relacionada com a passagem (art. 19, "l").

Na passagem inocente pelo mar territorial, submarinos ou quaisquer outros veículos submergíveis deverão navegar pela superfície e hastear o

[3] Concluída em *Montego Bay*, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982, entrou em vigor internacional e para o Brasil em 16 de novembro de 1994, através do Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995.

[4] A passagem inocente originou-se na Corte Internacional de Justiça, no ano de 1947 com o caso Inglaterra X Albânia, pois esta omitiu-se em comunicar a presença de minas marítimas em suas águas territoriais, causando a destruição de embarcações inglesas.

[5] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania;

pavilhão de seu Estado de origem, obedecendo o *Landmark*[6] estabelecido pelo Brasil.

No que tange ao mar territorial, que abrange doze milhas marítima de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil,[7] não existe a permissão de livre acesso como na passagem inocente.

Nesse trecho de mar, a Marinha do Brasil junto com Força Aérea Brasileira exerce a tarefa de comando e controle constantemente com exercícios ar-superfície realizados por caças A-1 (AMX) da Força Aérea e A-4 Skyhawk da Marinha do Brasil.

Evidente que o pato com seu reduzido tamanho passou despercebido pelos radares e navegou tranquilo no trânsito de navios que navegam pelo trecho de passagem inocente e depois pelo mar territorial independente de autorização prévia do Estado. O que faz refletir se nossas fronteiras estão realmente seguras, visto que a tecnologia avançada permite a construção de bombas e demais artefatos de destruição em massa em objetos pequenos e de, aparentemente, pouca expressão.

3. O pato deu um mergulho profundo e viu como somos ricos

Antes de chegar na praia, o pato navegou por um trecho do mar territorial brasileiro que abrange a plataforma continental que:

> "(...) compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural de seu território terrestre, até o bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de duzentas milhas marítimas das linhas de base, a partir das

[6] Em português, o marco, no sentido de marco delimitador de terreno.

[7] Art. 1º, da Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993.

quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância."[8]

Temos que lembrar que o pato invasor vem de Hong Kong (China), que segundo relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tem um investimento de 3,6% do PIB em educação, ou seja, o pato é super desenvolvido.

Por isso, que com um mergulho o pato conseguiu perceber que antes do domínio brasileiro, existe uma grande fonte de riqueza no fundo do mar além das 200 milhas naúticas que hoje pertencem ao Brasil.

Nesse trecho, caso fosse um invasor e o pato desse um profundo mergulho, teria acesso a tecnologia utilizada no pré sal, visto que a Petrobrás adotando uma política de domínio público não realizou o registro do avanço tecnológico oriundo das pesquisas da exploração do petróleo no pré sal. E mais uma vez feriria a soberania brasileira, visto que nosso país é soberano na exploração dos recursos naturais sobre a plataforma continental, nos termos do Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990, que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Abaixo segue uma ilustração que demonstra a profundidade da plataforma continental:

Fonte: Marinha do Brasil.

[8] Art. 11, da Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993.

Se não fosse a ONU o pato nesse mergulho teria infringido a soberania brasileira, visto que após ter passado o prazo de 10 anos instituído pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), o Brasil no ano de 2004 solicitou à Comissão de Limites da Plataforma Continental das Nações Unidas (CLPC) o aumento do seu mar territorial, com a intenção de instituir a Amazônia Azul, localizada na Zona Econômica Exclusiva brasileira.

Esta Zona Econômica Exclusiva brasileira é uma área oceânica aproximada de 3,6 milhões de km^2, os quais, somados aos cerca de 900mil km^2 de extensão que o Brasil reivindica junto à Organização das Nações Unidas (ONU), irá perfazer um total aproximado de 4,5 milhões de km^2.

Trata-se de uma extensa área oceânica, adjacente ao continente brasileiro, que corresponde a, aproximadamente, 52% da nossa área continental e que, devido à importância estratégica, às riquezas nela contidas e à imperiosa necessidade de garantir sua proteção, a Marinha do Brasil (MB), buscando alertar a sociedade sobre os seus incalculáveis bens naturais, sua biodiversidade e sua vulnerabilidade, passou a denominá-la "Amazônia Azul", cuja área é um pouco menor, porém em tudo comparável à "Amazônia Verde".[9]

Enquanto não é definido se o Brasil é soberano nesse território de 900 mil km^2 o pato pode circular de forma inocente sem sofrer qualquer tipo de dano à sua navegação e curtindo toda paisagem paradisíaca e rica do nosso país.

4. Análise econômica do direito – o pedido de aumento do território nacional

De acordo com a breve pesquisa realizada, constata-se que ao solicitar o acréscimo territorial os órgãos governamentais competentes não levaram em conta o custo para proteção da área objeto do requerimento feito para ONU. O que faz adentrar no ramo do Direito muitas vezes criticado pelos juristas, já que se aproxima da Economia: Análise Econômica do Direito.

[9] "A Amazônia Azul" http://www.mar.mil.br/hotsites/sala_imprensa/html/amazul.html

A Análise Econômica do Direito pode ser situada no campo das disciplinas zetéticas, cujas investigações têm como objeto o direito no âmbito de outros campos do conhecimento, é uma disciplina concebida "como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas". (SALAMA, 2008, p. 9)

O ambiente institucional em que vivemos, caracterizado por embates estéreis e incertezas, força-nos a desnudar as estratégias e os instrumentos jurídicos de que se pode lançar mão para a implementação de políticas públicas. Daí ser importante deixar bem vincado, desde logo, que a AED pode e deve ser aplicada em benefício da implementação de políticas públicas, com o escopo de incrementar o grau de eficácia material do ordenamento jurídico, em especial dos artigos 170, da Constituição do Brasil.

> "A Análise Econômica do Direito tem por base os métodos da teoria microeconômica. Os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Estes custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informação disponível no momento da avaliação. Esta análise de custo-benefício é consequencialista porque leva em conta o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a decisão, e não as causas que levaram à necessidade de tomar uma decisão."[10]

Pois bem, quando avaliamos o pleito de aumento do território brasileiro, que sendo aprovado gerará uma norma, estamos avaliando consequências que terão efeitos sobre toda sociedade. Afundado numa crise econômica, não soa bem pensar em aumento de custo no que tange a proteção da soberania, através de um aumento do efetivo das Forças Armadas.

Nesse sentido, reforço que não é momento de fazer projeções para situações hipotéticas, como foi o caso da exploração do pré-sal, que devido o alto custo para exploração ficou paralisado pós-crise da Petrobrás.

[10] Porto, José Maristrello Porto. Análise Econômica do Direito (AED).

O presente artigo não pretende aprofundar nessa Análise Econômica do Direito, mas, tão somente, fazer uma breve observação do quanto se faz necessário observar os efeitos de mais uma norma, consequência do eventual aceite pelo aumento do mar territorial, para o bem estar social do indivíduo.

5. Conclusão

Portanto, no momento que qualquer governo anuncia a descoberta e a exploração de importantes jazidas de petróleo, cresce também a cobiça internacional por estas áreas. Além disso, mais de 90% do comércio brasileiro são transportados através de seu mar territorial. Logo, proteger as rotas marítimas e as riquezas submersas é um fator que faz crescer a cada dia a importância da proteção à soberania brasileira. (Kaiser Konrad: 2011)

E, por isso, nos termos da Lei nº 8.617[11], "o mar territorial brasileiro compreende uma faixa de doze milhas marítimas de largura" e "a soberania do Brasil estende-se ao mar territorial, ao espaço aéreo sobrejacente, bem como ao seu leito e subsolo", ao não ter o controle sobre a entrada ou saída de objetos não detectados pelos radares fiscalizadores, a soberania do país fica em risco e sua economia também.

Ainda em relação a pesquisa de petróleo, explica-se que em águas ultraprofundas (maiores que 2 mil metros) e sob camada rochosa de mais de 5 km de espessura, o pré-sal requer complexas tecnologias de ponta para o seu aproveitamento.[12]

E para chegar nessa tecnologia o Brasil já gastou até hoje alguns bilhões de reais, no entanto, apresentou um índice de depósito de patentes inferior as demais empresas participantes dos consórcios formados para exploração do pré sal. Segundo Gabriel Marcuzzo, que analisou o impacto do anúncio do governo brasileiro em 2007 relativo a descoberta das reservas do pré-sal sobre o depósito de patente de empresas do setor, o comportamento da Petrobrás

[11] Artigo 1º e 2º, da Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993.

[12] Figueirôa, Christiano Sávio Barros. Limites exteriores da plataforma continental do Brasil conforme o direito do mar. – Brasília : FUNAG, 2014.

pode estar vinculado a uma falta de política de propriedade industrial consistente por parte da empresa, especialmente quando se observa que o aumento de investimentos realizados pela empresas nos últimos des anos, inclusive com a expansão física de seu centro de pesquisas na UFRJ com o chamado CENPES 2, não tem sido acompanhado de um aumento na mesma proporção do número de depósitos de patentes[13].

Além disso, a cláusula de investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação (Cláusula de PD&I) constante dos contratos para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural tem como objetivo estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias para o setor, que é uma das atribuições da ANP, nos termos da Lei nº 9.478/1997.

No caso da exploração do petróleo na camada do pré sal, o capital para o investimento de pesquisa foi emprestado pelo BNDES, que no seu Relatório "Perspectivas do Investimento 2010-2013", previu que o investimento previsto seria de R$ 340 bilhões de reais.

Ocorre que o desenvolvimento tecnológico teve como base um ICT, Instituição Tecnológica sem fins lucrativos, para realização de projetos de inovação em parceria com as empresas participantes dos consórcios, inclusive a Petrobrás, e nesse caso BNDES não participa da titularidade da PI gerada ou dos resultados decorrentes dela.

O Brasil como um "player" de importância no cenário mundial deve garantir a soberania nacional sobre nossas riquezas (e sua importância política e econômica), de forma seja preservado a soberania e da integridade territorial, a realização dos seus interesses nacionais, livre de pressões e ameaças de qualquer natureza, e a garantia aos cidadãos do exercício dos direitos e deveres constitucionais.

Além da falta de controle, esse despreparo pode ocasionar perda econômica – em função da sonegação fiscal -, e problemas de saúde para a população, visto que a falta de controle sanitário na entrada de objetos não

[13] CANTO, Cavalheiro Gabriel Marcuzzo; JOIA, Luiz Antonio; GONÇALVES, Ada Cristina. Strategic patenting in the upstream oil and gás industry: assessing the impacto f the pe-salt Discovery on patent applications in Brazil, World Patent Information, 2014, p.1-10.

fiscalizados pode trazer vírus e ocasionar em epidemias como as trazidas pelos europeus colonizadores para as Américas[14].

Portanto, de nada adiantará o aumento solicitado pelo Brasil para aumento do mar territorial, se não tivermos uma proteção efetiva do mar territorial. Pois, bastará um simples pato de borracha, utilizando o exemplo do naufrágo supracitado, para entrar no território nacional e, sem ninguém perceber, causar um transtorno muito maior que um simples "quá quá".

Referências

AGÊNCIA EUROPÉIA DO AMBIENTE. O lixo nos nossos mares. *Article* Publicado 2014-07-21. Modificado pela última vez 2016-04-22 11:32. Disponível em: <http://www.eea.europa.eu/pt/sinais-da-aea/sinais-2014/em-analise/o-lixo-nos-nossos-mares>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. "A Amazônia Azul". Disponível em: <http://www.mar.mil.br/hotsites/sala_imprensa/html/amazul.html>. Acesso: 23 nov. 2016.

SILVA, Alexandre Pereira da. O novo pleito brasileiro no mar: a plataforma continental estendida e o Projeto Amazônia Azul. **Revista Brasileira de Política Internacional**. On-line version ISSN 1983-3121. Rev. bras. polít. int. vol.56 no.1 Brasília 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292013000100006>. Acesso: 23 nov. 2016.

Lei

BRASIL. Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1530.htm>. Acesso: 23 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8617.htm>. Acesso: 23 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso: 23 nov. 2016.

BRASIL. LEPLAC – AMAZÔNIA AZUL. Disponível em: <https://www.mar.mil.br/dhn/dhn/quadros/ass_leplac_amazul.html>. Acesso em: 23 nov. 2016.

[14] http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/a_genetica_ajuda_a_esclarecer_o_passado.html

CARVALHO, Gustavo de Lemos Campos. O mar territorial brasileiro de 200 milhas: estratégia e soberania, 1970-1982. Rev. bras. polít. int., Brasília , v. 42, n. 1, p. 110-126, jun. 1999. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73291999000100005>. Acesso em: 23 nov. 2016.

DE SOUZA, J. R. C. Estudo sobre mar territorial, zona contígua e zona econômica exclusiva. Consultor Legislativo da Área XVII Segurança e Defesa Nacional. Estudo Junho/2001. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/105053.pdf>. Acesso em : 23 nov. 2016.

DALLARI. Dalmo de Abreu. O Mar Territorial do Estado Brasileiro. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66716/69326.>. Acesso em: 12 nov. 2016.

FREITAS, Eduardo. Nova jazida de Petróleo do Brasil. Geografia humana do Brasil. Disponível em: <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/nova-jazida-petroleo-brasil.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

FIGUEIRÔA, Christiano Sávio Barros. Limites exteriores da plataforma continental do Brasil conforme o direito do mar. – Brasília : FUNAG, 2014.

FIUZA. Bruno. Reportagem A genética ajuda a esclarecer o passado. O médico infectologista Stefan Cunha Ujvari conta como o estudo dos microrganismos pode contribuir para a pesquisa histórica. Disponível em : < http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/a_genetica_ajuda_a_esclarecer_o_passado.html>. Acesso em: 23 nov. 2016.

KONRAD, KAISER. Vigilância e controle aéreo do mar territorial brasileiro. Fonte: Diálogo. Posted. Disponível em: <https://dialogo-americas.com/pt/articles/vigilancia-e-controle-aereo-do-mar-territorial-brasileiro>. Acesso em: 12 nov. 2016.

MATSUMOTO, Cássio Hatsumi. SILVA NETO. Messias Bezerra da. LIMA NETO, Rui Barbosa de. DAMASCENO, Helena Lucia. A soberania brasileira sobre o pré-sal: a utilização plena dos recursos oriundos da amazônia azul e sua logística. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/spolm/sites/www.marinha.mil.br.spolm/files/126514.pdf2>. Acesso em: 23 nov. 2016.

PORTO, José Maristrello Porto;GRAÇA, Guilherme Mello. Análise Econômica do Direito (AED). FGV. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2016.

SANT'ANNA, André Albuquerque. Indústria de petróleo e gás: desempenho recente e desafios futuros . André Albuquerque Sant'Anna. Disponível em: < http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/liv_perspectivas/02_Perspectivas_do_Investimento_2010_13_PETROLEO_E_GAS.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2016.

SOUZA. J. M. Mar territorial, zona econômica exclusiva ou plataforma continental?. Revista Brasileira de Geofísica Print version ISSN 0102-261X Rev. Bras. Geof. vol.17 n.1 São Paulo Mar. 1999. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-261X1999000100007>. Acesso em: 25. out. 2016

Allen dos Santos Pinto Silva Filho
Mestrando de Direito da Universidade Cândido Mendes
Assessor de Órgão Julgador do TJRJ

Data Venia
Ano 5 ● N.º 07 [pp. 263-282]

O art.º 385.º, do CPP brasileiro e o sistema processual acusatório

Francisco José Vilas Bôas Neto
Professor Universitário
Advogado criminalista

Resumo: O trabalho pretende demonstrar a incompatibilidade do Artigo 385 do Código de Processo Penal (CPP) com a legislação brasileira. Para tanto, será necessária uma análise do sistema processual adotado no Brasil, uma vez que o citado Artigo autoriza que o juiz a condene um acusado, mesmo quando há um pedido de absolvição pelo Ministério Público. Para comprovar a (in)aplicabilidade do art. 385 do Código de Processo Penal também será necessária uma análise principiológica, já que os princípios constitucionais inerentes ao sistema processual acusatório são de suma importância. Outro fator importante é comprovar qual sistema processual penal de fato é adotado em nossa legislação. Diante destas considerações a hipótese será de que o sistema processual adotado é o denominado acusatório. Para promover a discussão acerca da aplicação ou não do art.385 CPP, será também necessário observar as funções do Ministério Público, principalmente ao poder de acusação.

O art.º 385.º, do CPP brasileiro e o sistema processual acusatório

Francisco José Vilas Bôas Neto
Professor Universitário
Advogado criminalista

Sumário: 1. Introdução. 2. Sistemas processuais penais. 2.1 Sistema Processual Penal Inquisitivo. 2.2. Sistema Processual Penal Acusatório. 2.3. Sistema Processual Penal Misto. 3. Sistema processual penal acusatório adotado no Brasil. 3.1 Princípios Processuais. 3.2. Previsão Normativa e Constitucional. 3.3. O Ministério Público como Titular da Ação Penal. 3.4. Divisão de Funções Entre o Ministério Público e Estado-juiz. 3.5. O Artigo 385 do CPP Como Exceção à Regra. 4. Controle de constitucionalidade. 5. Conclusão. 6. Referências

Palavras-chave: Sistema acusatório. Juiz Acusador. Imparcialidade.

1. Introdução

O trabalho a seguir tem por objeto analisar se a aplicação do art. 385 do Código de Processo Penal pelo juiz estaria em conformidade com alguns princípios inerentes ao sistema processual adotado pela legislação brasileira.

Para maior parte da doutrina processualista, o sistema processual penal adotado no Brasil é o chamado sistema acusatório, no qual as funções entre acusador e julgador seriam exercidas por "órgãos" estatais distintos.

Por outro lado, apesar da adoção do sistema acusatório, o magistrado brasileiro valendo-se do Artigo 385 do CPP poderá condenar o acusado mesmo quando o Ministério Público pugna pela absolvição. Esta faculdade do Juiz em optar pela condenação do acusado, a priori, estaria em desacordo com o que preceitua o sistema do acusatório.

Na constatação da conformidade ou não do art. 385 com os princípios que regem o processo penal, será analisada a função exclusiva do Ministério Público em promover a ação penal pública.

Inicialmente, entretanto, são apresentados os tipos de sistemas processuais e a justificativa do modelo adotado pela legislação brasileira.

2. Sistemas processuais penais

Dependendo da formação histórica/cultural dos países, teremos diferentes sistemas processuais. Porém, os modelos de sistemas com maior utilização são o acusatório, o misto e o inquisitivo.

Antes de adentrar no sistema processual penal recepcionado em nosso país, é preciso fazer uma distinção entre os três sistemas processuais citados.

2.1. Sistema Processual Penal Inquisitivo

O sistema inquisitivo cuja etimologia vem do latim "inquisitīvus" é relativo à inquisição, inquirição ou indagação. (DICIONÁRIO PRIBERAM, 2013).

Nesse trabalho o termo faz referência a um sistema processual penal que pode ser entendido como um sistema no qual "o juiz atua também na fase de investigação; o processo se inicia com a notitia criminis, seguindo a investigação, acusação e julgamento" (PACELLI, 2012, p. 10).

De acordo com o ilustre doutrinador acima referenciado, o sistema inquisitivo apresenta-se como um sistema no qual o juiz ao mesmo tempo em que é o órgão que decide, é também órgão investigador. As funções de acusar, defender e julgar ficam a cargo da mesma pessoa, ou seja, há uma concentração de poder nas mãos de uma única autoridade.

É de bom tom lembrar que no Brasil quem realiza a função de investigação, em regra, é a Polícia Judiciária (Polícia Civil ou Polícia Federal). O Ministério Público também pode acumular esse mister quando a investigação assim o

exigir. É importante ressaltar que tal sistema processual penal tem como características a forma escrita e sigilosa.

De acordo com o sistema inquisitivo o réu é considerado apenas objeto da apuração, cuja finalidade era extrair a sua confissão ou culpa, sendo irrelevante a necessidade de garantia da ampla defesa ou do contraditório.

Tal sistema processual identifica-se com o autoritarismo ou o absolutismo, quando os direitos e garantias do indivíduo não são respeitados.

2.2. Sistema Processual Penal Acusatório

Outro sistema processual existente é o acusatório que vislumbra a impossibilidade do órgão julgador ser ao mesmo tempo investigador e acusador.

Sobre a questão em comento:

> [...] no sistema acusatório além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação. (PACELLI, 2012, p. 10).

Enquanto no sistema inquisitivo é permitida a atuação do juiz-acusador, no sistema acusatório só é permitida a atuação do juiz enquanto órgão jurisdicional, ou seja, apenas com a finalidade de analisar a acusação e, se for o caso, condenar. Além disso, torna-se visível o momento no qual tem início a ação penal. Como regra da legislação brasileira, a ação penal tem início com o recebimento da peça acusatória pelo magistrado.

No sistema processual acusatório o responsável pela fase investigatória é a Polícia Judiciária, que tem o controle externo da sua atividade policial exercido pelo Ministério Público (art. 129, VII, CR/88). O Ministério Público por sua vez é o responsável por propor a ação ou pugnar pelo arquivamento do caso.

De acordo com Capez (2009, p. 40), o sistema processual acusatório possibilita o contraditório e o direito a ampla defesa. Nele o juiz não participa da fase de colheita de provas tendo apenas a função de julgar, garantindo assim que não seja influenciado de tal forma que possa comprometer o julgamento imparcial do conflito.

O grande diferencial do sistema acusatório é o princípio do contraditório, conceituado como a dialética das partes consistente na construção participada das decisões.

Tal sistema traz em seu cerne as atribuições específicas de cada sujeito da relação processual, garantindo que sejam respeitados os princípios da imparcialidade e do juiz natural. Também é garantido o respeito ao tratamento paritário entre as partes, que para ser alcançado, não autoriza que o juiz atue em substituição ao Ministério Público. Assim, "os esclarecimentos do juiz limitam-se às provas trazidas pelas partes". (PACELLI, 2012, p.10).

Com tal sistema processual é possível chegar a uma solução justa, pois ao acusado é garantida a igualdade de condições, quando seus direitos são respeitados e ele não é considerado culpado até que se tenha uma sentença condenatória transita em julgado.

No sistema acusatório o juiz não é o condutor da prova, mantendo assim, sua imparcialidade.

2.3. Sistema Processual Penal Misto

O sistema processual misto, em uma análise mais simples, engloba tanto o inquisitivo quanto o acusatório. É o mesmo que dizer que em sua primeira fase apresenta-se de forma inquisitiva e em uma segunda fase de forma acusatória. Sobre a questão Nestor Távora ensina:

> O sistema Misto tem raízes na Revolução Francesa. Caracteriza-se por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do Juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes [...] assim temos: Investigação

> Preliminar, a cargo da polícia judiciária; instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor e julgamento [...] sobre o crivo do contraditório e ampla defesa. (TÁVORA, 2009, p. 34).

Na primeira fase, tem-se a preliminar e a instrução preparatória na qual o juiz atua na investigação e na acusação. Na segunda fase, ele decide após dar ao réu o direito de defesa.

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor em 1942 havia o entendimento de que o sistema misto era o adotado em nosso país. Após a Constituição de 1988 houve uma alteração de entendimento, uma vez que no Texto Constitucional estão expressas as funções de cada órgão que participa do processo. A Constituição deixa claro que o sistema adotado em nosso país é o sistema acusatório.

Assim afirma Nestor Távora sobre a questão:

> O Sistema Acusatório é o sistema adotado no Brasil. Tem por características fundamentais: separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferida a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado (TÁVORA, 2009, p. 34).

3. Sistema processual penal acusatório adotado no Brasil

O sistema processual penal adotado no Brasil é o acusatório. Dentro do sistema, o órgão acusador é o Ministério Público e o órgão ao qual é atribuída a decisão é o Juiz: "não vemos como não se reconhecer, ou não vemos porque abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional". (PACELLI, 2012, p. 15).

De acordo com Lima:

> Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, Art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem

> inicio mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (ne procedat judex ex officio) e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a eqüidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público. (LIMA, 2013, p. 05).

Diante do sobredito não há como confundir qual tipo de sistema processual penal é adotado no Brasil.

Por outro lado, uma corrente minoritária de doutrinadores sustenta que o sistema processual adotado no Brasil é o misto, isso porque consideram que nosso sistema tem feições acusatórias e inquisitoriais.

Sobre o tema, Pacelli preleciona:

> Alguns alegam que a existência do inquérito policial na fase pré processual, já seria por si só, indicativa de um sistema misto; outros, com mais propriedade, apontam determinados poderes atribuídos aos Juízes no Código de Processo Penal. (PACELLI, 2012, p. 13).

O problema assentado na dúvida entre sistema acusatório e sistema misto, é facilmente resolvido tendo como argumento a definição de sistema processual, que de forma simples é definido como "o exame do processo, isto é da atuação do Juiz no curso do processo". (PACELLI, 2012, p. 13).

Determinados doutrinadores consideram o inquérito policial (que é utilizado como meio de investigação sem a ampla defesa e o contraditório) como parte integrante do processo. É errônea tal afirmação, justamente porque o inquérito policial não pode ser considerado propriamente como processo, pois no inquérito não são vislumbradas as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório. Sequer há a presença atuante, como ocorre no processo, de um Juiz, do Ministério Público ou de um Defensor. Tanto é verdade, que para um decreto condenatório a lei exige que as provas sejam repetidas em juízo sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa, conforme art. 155 do CPP. Assim "[...] não se pode aceitar condenações fundadas em

provas produzidas unicamente na fase de investigação. A violação ao contraditório e a ampla defesa seria manifesta" (PACELLI, 2012, p. 15).

Diante do demonstrado deve-se afastar qualquer tendência a considerar o sistema processual penal brasileiro como um sistema misto:

> Todavia, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção e da não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. (LIMA, 2013, p. 5).

Por tais razões elencadas, resta claro que o sistema processual adotado pela legislação brasileira é o acusatório. O inquérito policial é um procedimento pré-processual de natureza inquisitiva que tem por finalidade a investigação de fatos. É possível afirmar que o inquérito é inquisitivo, mas que ele não se confunde com o processo que é acusatório.

3.1. Princípios Processuais

Dentro do Sistema Processual Acusatório, vislumbra-se uma série de importantes princípios constitucionais. Tais princípios devem ser tratados com enorme atenção, devido a sua amplitude e alcance no que se refere a garantias individuais.

Assim, começa-se pelo Princípio Constitucional da Garantia da Tutela Jurisdicional, elencado no Art. 5º, XXXV da CR/88: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (BRASIL, 2012, p. 9). Esse princípio implica no direito que todos têm de buscar o judiciário quando assim necessitar.

Não obstante, o Princípio da Garantia do Devido Processo Legal, descrito no Art. 5º, LIV, CF garante que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". (BRASIL, 2012, p. 10). Este é um princípio elementar do nosso ordenamento jurídico, no qual todos têm direito a responder um processo com todas as suas garantias, principalmente

relacionado à ampla defesa, como se verifica no art. 5º, LV CF que prevê que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". (BRASIL, 2012, p. 10).

A Constituição Federal garante a todos o acesso à justiça, conforme elencado em seu Art. 5º, LXXIV: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos". (BRASIL, 2012, p. 11). Mesmo que o acusado não tenha condições financeiras de arcar com um advogado, ele não será desprovido de um defensor, pois o Estado lhe proporcionará um defensor público ou dativo.

É importante salientar a importância da presença de um juiz legalmente instituído que julgará de forma imparcial e independente, de acordo com os mandamentos do Princípio do Juiz Natural trazidos pelo art. 5º, XXXVII que descreve que "não haverá juízo ou tribunal de exceção". (BRASIL, 2012, p. 9), que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (CR/88 LIII)". (BRASIL, 2012, p. 10).

Diante do Estado juiz todos são iguais como impõe o art. 5°, *caput*:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2012, p. 7).

Tal disposição apresenta-se como o Princípio da Garantia do Tratamento Paritário entre as Partes.

É importante frisar que dentro do processo, vige a presunção de inocência[1], como descrito no art.5°, LVII, CF que "ninguém será considerado culpado até o transito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 2012, p. 10). Mesmo assim, quando sobrevier sentença condenatória, ela será

[1] O Supremo Tribunal Federal julgou em outubro de 2016 as ADC 43 e 44 e por maioria de 6 votos a 5 disse que é possível a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, desde que tenha sido julgada a apelação.

precedida de fundamentação, além de, em regra, todos os atos serem públicos, como posto pelo art. 93 IX, CF:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 2012, p. 38)

3.2. Previsão normativa e constitucional

A Constituição é a lei maior em nosso ordenamento jurídico. Portanto, o legislador deve observar a Carta Magna antes da elaboração do texto das demais normas, garantindo assim a supremacia de nossa Constituição. Assim, já assinalamos em outra oportunidade:

> Na análise de compatibilidade entre uma norma infraconstitucional face a constituição, deve-se escolher o sentido da norma que esteja em consonância com o padrão constitucional, descartando-se os demais sentidos inconstitucionais (VILAS BOAS NETO, 2013, p. 21).

Tal supremacia deve ser alcançada, a fim de que exista limites em relação ao poder do Estado, garantindo assim que os direitos e garantias individuais sejam preservados. O jurisfilósofo Hans Kelsen em seus ensinamentos afirmava a existência de uma norma fundamental, que implicaria na transformação do poder em direito, sendo que por meio dela, as demais seguiriam uma ordem normativa, passando a ter validade a partir da observância de tal norma fundamental. Para ele o direito deveria prevalecer sobre o poder. Esta seria uma maneira de garantir a democracia, afastando assim, o autoritarismo. Para Kelsen, a norma fundamental era superior às demais e estas tornavam-se válidas se estivessem de acordo com aquela. Pode-se notar que a Constituição é a norma fundamental que organiza as demais normas, garantindo que o ordenamento jurídico tenha uma coesão.

Sobre a essência da majoração da norma constitucional:

> Princípio da Supremacia da Constituição [...] afirmação da posição hierárquica da Constituição nas fontes do Direito [...] molde a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade nos casos em que a legislação ordinária conflita com a norma constitucional (VILAS BOAS NETO, 2013, p. 19).

O Código de Processo Penal, por ser uma lei anterior a nossa Constituição, teve suas normas recepcionadas pela ela. É importante ressaltar que todas as normas do nosso ordenamento jurídico devem adequar-se à Constituição, principalmente em se tratando de direitos fundamentais do homem, que estão expressos na Carta Magna. Assim, ensina:

> De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988. (LIMA, 2013, p. 06).

É fundamental observar que em nossa Carta Magna estão expressamente descritas as funções de cada órgão. Em seu artigo 5º, XXXV, a CR/88 traz claramente que o responsável por dirimir os conflitos existentes será o Poder Judiciário. Este terá o poder jurisdicional, ou seja, será o único órgão que poderá julgar. No mesmo artigo, no inciso LV é dado ao réu o direito do contraditório e ampla defesa. No artigo 129, I, CF, fica claro a função privativa do Ministério Público de acusar. É importante lembrar que o próprio Código de Processo Penal, em seu Artigo 257, I, CPP, ressalta a função privativa do Ministério Público de promover a ação penal pública.

A Carta Magna traz em seu bojo as funções de acusar, defender e julgar, bem definidas, distinguindo a cada parte a sua respectiva função. Isso demonstra nitidamente que o nosso sistema processual penal adotado é o Sistema Acusatório, levando em consideração que em caso de lei confrontante com a norma Constitucional, esta prevalecerá em razão do princípio da supremacia.

Além de tais definições, fica claramente expresso em nossa Constituição os princípios norteadores do Sistema Acusatório, que asseguram as garantias e direitos fundamentais do indivíduo. Portanto, o Código de Processo Penal Brasileiro, assim como as demais normas, para que tenham validade, devem estar em consonância com a Constituição: "[...] todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal". (SILVA, 2002, p. 46).

3.3 O Ministério Público como titular da ação penal

Para tratar da inaplicabilidade do Art. 385 do Código de Processo Penal, não poderia deixar de tratar da titularidade do Ministério Público como órgão encarregado de promover a ação penal.

A nossa Carta Magna em seu Art. 129, I atribui o mister de promoção da ação penal ao Ministério Público:"A nova Constituição da República atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a propositura da ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada". (CAPEZ, 2009, p. 114).

É importante esclarecer que há uma exceção à regra, ou seja, o Art. 5°, LIX traz a única exceção da não titularidade do Ministério Público na ação penal, *in verbis*: "Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal" (BRASIL, 2012, p. 10).

Ao Ministério Público também é aplicado o princípio da obrigatoriedade, que obriga o promotor a promover a ação penal.

> No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o princípio da legalidade ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social (CAPEZ, 2009, p.115).

Outro princípio salutar inerente a atuação do Ministério Público é o Princípio da Indisponibilidade, segundo o qual ao Ministério Público não cabe a desistência quando oferecida a ação penal. Nessa perspectiva, o Art. 42 do

Código de Processo Penal prevê: "O Ministério Público não poderá desistir da ação penal" (BRASIL, 2012, p.558).

3.4. Divisão de funções entre Ministério Público e Estado-juiz

Dentro do Sistema processual adotado no Brasil, observa-se uma separação do órgão encarregado de acusar em relação ao órgão encarregado de decidir. Assim, o órgão encarregado de acusar é o Ministério Público e o encarregado de decidir é o Juiz. O Art. 129, I da Constituição Federal, exalta a função privativa da promoção da ação penal pública que é atribuída ao Ministério Público, *in verbis*: art. 129: "São funções institucionais do Ministério Público: I – Promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei". (BRASIL, 2012, p. 48).

Ainda sobre o Ministério Público, Tourinho Filho ilustra:

> O Ministério Público, diz o art.127 da CF, é a instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 388).

O conceito trazido pelo doutrinador Tourinho Filho (2009) abrange tanto o Ministério Público da União, quanto o dos Estados. Compreende o Ministério Público da União: O Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

O Estado-juiz por sua vez, é dotado de algumas garantias, como por exemplo, a garantia da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de seu subsídio devendo obedecer também a alguns princípios como o princípio da investidura, onde só será investido na função de juiz, aquele que atender todos os preceitos legais (aprovação em concurso público de provas e títulos, etc). Há também o princípio da indeclinabilidade ou da inafastabilidade, que dispõe como previsto no Artigo 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal, que: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (BRASIL, 2012, p. 09).

Outro princípio inerente ao juiz é o princípio da indelegabilidade, segundo o qual o magistrado não pode delegar sua jurisdição a outro órgão, pois se assim o fizesse, violaria o princípio da inafastabilidade. O princípio do juiz natural também é requisito, como dispõe a Constituição Federal no art. 5º, LIII, CF/88 que prevê que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". (BRASIL, 2012, p. 10).

Outro princípio importante a ser ressaltado é o princípio da inércia, pois o juiz deverá ser provocado para agir.

Tourinho Filho contribui assim dizendo:

> Era preciso [...] que a composição, a solução do litígio, se fizesse de maneira pacífica e justa e ficasse a cargo de um terceiro. Era preciso, antes de mais nada, que se trata-se de um terceiro forte demais, de modo a tornar sua decisão respeitada e obedecida por todos, principalmente pelos litigantes [...] Somente o Estado podia ser esse terceiro. Então o Estado avocou a tarefa de administrar a justiça [...] Daí se infere que, detendo ele o monopólio da administração da justiça, surgi-lhe o dever de garanti-la [...] o Estado, por meio do juiz, [...] dita a resolução do conflito com força obrigatória. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 38).

Enfim, tanto o Estado-juiz, quanto o Ministério Público são órgãos necessários à instrução processual e à própria garantia da promoção jurisdicional. Frisa-se ainda que entre esses órgãos não há hierarquia e nem subordinação.

3.5. Artigo 385 do CPP como exceção a regra

Diante do já comprovado Sistema Processual adotado no Brasil, ou seja, o Sistema Acusatório, fica o dever de comprovar também que o artigo 385 do Código de Processo Penal se mostra inaplicável tendo em vista que ele não coaduna com o sistema adotado pela legislação pátria.

O artigo supramencionado traz a seguinte redação:

> Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 2012, p. 582).

O citado artigo, para uma melhor análise, será dividido em duas partes. Dessa maneira, começa-se o estudo pela primeira: "Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição".

Ora, o sistema adotado no Brasil é o Acusatório e tem como característica mais marcante a divisão clara entre o órgão que acusa para o outro que julga:

> O Sistema Acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação de defesa em igualdade de posições, e a ambas se sobrepondo um Juiz, de maneira eqüidistante e imparcial. Aqui há uma separação das funções de acusar defender e Julgar (LIMA, 2013, p. 4).

Como pode o órgão destinado a julgar, que em tese deve ser dotado de imparcialidade, condenar mesmo que a absolvição tenha sido pedida pelo órgão encarregado de acusar?

Neste caso a parcialidade do Juiz fica bastante evidente, pois imagina-se que de um logicamente a defesa propõe a absolvição e do outro a acusação propõe também a absolvição. Não caberia, diante do salutar princípio da imparcialidade do juiz, além do enquadramento ao Sistema do Acusatório, outra sentença senão a absolutória. Porém a primeira parte do Artigo 385 do CPP dispõe da possibilidade/faculdade do juiz em condenar.

Outra disparidade anômala que o artigo 385 do CPP traz em seu bojo, está descrita na sua segunda parte: "bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada" (BRASIL, 2012, p.1298).

É um tanto extravagante pelo juiz o reconhecimento de agravantes sem a alegação de nenhuma das partes, pois para que seja possível a aplicação de agravantes e atenuantes na sentença, elas devem surgir dos debates das partes. Caso contrário não poderiam ser aplicadas.

4. Controle de constitucionalidade

Como o presente trabalho trata da não aplicabilidade do art. 385 do Código de Processo Penal, é de suma importância trazer à análise, as formas de controle de constitucionalidade presentes em nosso ordenamento jurídico, a saber, o controle concentrado e o difuso. Isto se faz necessário porque uma das formas da não aplicabilidade do disposto no artigo 385 CPP é exercer o filtro constitucional.

O controle de constitucionalidade difuso se apresenta diante do caso concreto, no qual o indivíduo que se vê prejudicado ingressa com ação no primeiro grau de jurisdição, perante um juiz, tendo como preliminar de mérito a própria inconstitucionalidade da norma. Caso o juiz entenda que a norma realmente é inconstitucional, o efeito de tal decisão será apenas entre as partes do processo.

Já no controle de constitucionalidade concentrado, a análise da inconstitucionalidade não se limita à um caso concreto, abrangendo todas as situações que possam surgir em decorrência da norma. Procede-se à verificação de compatibilidade com a Constituição da norma como um todo. Compete ao STF o controle da adequação do ordenamento jurídico à Constituição Federal, que pode ocorrer por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ou pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Nesse sentido as cortes tem tido entendimentos não uniformes sobre a questão da não aplicabilidade do art. 385 CPP. Vejamos:

> Data de publicação: 26/04/2013
>
> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 241 DO ECA . CONDENAÇÃO PAUTADA EM ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE,NA PRESENTE VIA RECURSAL. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO PARQUET. NÃO VINCULAÇÃO DOMAGISTRADO. DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO ART. 385 DO CPP . AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O simples reexame de provas é

inviável na via do recurso especial (Súmula 7/STJ). 2. O pedido de absolvição do denunciante não vincula o julgador, que tem liberdade de decidir de acordo com seu livre convencimento. 3. Agravo regimental improvido. (STJ, 2012).

Data de publicação: 03/04/2012 Ementa**:** HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TESE DE INOCÊNCIA QUANTO À PRÁTICA DOS DELITOS. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADEDE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO PELO JUIZ E PELO TRIBUNAL A QUO.POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP . 1. O exame da tese de falta de provas, com vistas à absolvição do Paciente, consubstanciada na sua inocência quanto ao delito pelo qual foi condenado em primeira e segunda instâncias, demanda,inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreitado writ, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fático-probatória, restou convicta sobre a existência do crime e sua respectiva autoria2. O fato de o Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, nas alegações finais e nas contrarrazões de apelação, não vincula o julgador, por força do princípio do livre convencimento motivado, nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal .3. Ordem denegada. (STJ, 2011)..

Data de publicação: 19/07/2013 Ementa**:** APELAÇÃO. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. CREDIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 226 , II, CPP . FATO NÃO DESCRITO NA PEÇA ACUSATÓRIA. INCABÍVEL A APLICAÇÃO DO ART. 385 DO CPP .REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º , § 1º , DA LEI Nº 8.072 /90. MANTIDA A PRISÃO PREVENTIVA. I. Comprovadas a existência do fato e a autoria, impõe-se a condenação. Caso dos autos em que o acusado adentrou o quarto da vítima enquanto ela dormia, tapou-lhe boca, tirou sua roupa e

praticou o estupro. Palavra da vítima, corroborada por depoimento judicial da genitora e auto de exame de corpo de delito (fl. 33). II. Descabe a aplicação da majorante prevista no inciso II do art. 226 do Código Penal , porquanto o fato de o acusado ser irmão da vítima não foi mencionado na peça acusatória. Ademais, o reconhecimento pelo magistrado, de ofício, previsto no art. 385 do Código de Processo Penal , só pode ser utilizado em relação às atenuantes. III. A natureza hedionda do crime de estupro não tem força suficiente para determinar o cumprimento de pena em regime inicial fechado, ante a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da lei nº 8.072 /90. Precedentes do STJ e do STF. II. Caso dos autos em que ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ou outro fato que justifique a fixação de regime mais gravoso que o previsto em lei para a pena a qual foi condenado - 08 (oito) anos de reclusão. IV. O réu deve seguir em custódia preventiva, considerando que respondeu a todo o processo preso e sobreveio aos autos sentença condenatória, ora mantida, além do montante da pena imposta e a gravidade dos fatos narrados nos autos. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70052560760, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 19/06/2013) (TJ, 2013).

5. Conclusão

Diante dos fundamentos levantados neste trabalho, conclui-se que a aplicabilidade do art. 385 do CPP não está em conformidade com a legislação pátria, pois esse artigo vem em confronto com o sistema processual penal brasileiro. Além disso, é extremamente descabido atribuir ao Juiz uma função que privativamente pertence ao Ministério Público, pois quando o Juiz, a luz do Art. 385 do CPP, condena, mesmo que o "parquet" peça a absolvição, ele estará invadindo uma competência exclusiva do promotor, a saber, a função de acusar.

O Juiz deve pautar sua conduta pela imparcialidade, devendo simplesmente conduzir o processo para que no final, diante de todos os fatos e provas, possa decidir o conflito. O Sistema Processual adotado no Brasil é o Sistema Acusatório, assim, as funções de acusar e decidir são exercidas por

órgãos diferentes (Ministério Público acusa – Juiz decide). Desta maneira, o art. 385 CPP não se identifica com esse sistema e muito menos com o princípio da imparcialidade do Juiz, não devendo ser aplicado no processo penal brasileiro.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo** n°1358590. Santa Catarina: STJ, 2012. Disponível em: < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23112353/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1358590-sc-2012-0267135-2-stj/relatorio-e-voto-23112356 >. Acesso em: 05 fev. 2014.

BRASIL, **Vade Mecum Compacto**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 2293331. São Paulo, 2011. Disponível em: < . http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21558847/habeas-corpus-hc-229331-sp-2011-0310013-8-stj >. Acesso em: 05 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**.** Apelação Crime Nº 70052560760, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz John dos Santos, Julgado em 19/06/2013) (TJ, 2013).

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DICIONÁRIO PRIBERAM. Disponível em: http://www.priberam.pt/dlpo/inquisitivos. Acesso em: 20 set. 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual**. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

TOURINHO. FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VILAS BOAS NETO, Francisco José. **Apostila de Hermenêutica Constitucional**. Betim: [S.n], 2013.

Francisco José Vilas Bôas Neto
Professor Universitário
Advogado criminalista

Data Venia
Ano 5 ● N.º 07 [pp. 283-305]

Zetética jurídica:

Sobre a disciplina de antropologia jurídica para a fundamentação do ser social

Luciano Ferreira Rodrigues Filho
Bruno Wesley Melo Neves

Resumo: Este artigo tem como objetivo discutir a importância da disciplina de Antropologia Jurídica para a formação em Ciências Jurídicas. Assim, foi abordado a ciência antropológica e sua ramificação para a área do Direito, contemplando os objetivos desta ciência para a contribuição dos fenômenos legais. A Antropologia Jurídica fornece uma compreensão de sujeito, bem como suas relações com o mundo em que vive, dando apoio às ciências jurídicas quanto à definição do ser social. Realizou-se um aprofundamento da construção sociohistórica para o surgimento das leis e pactos sociais na tentativa de alcançar a "harmonização" da sociedade, principalmente com os direitos humanos e seu conflito com as leis culturais. A partir deste conflito entende-se os valores da antropologia para mediar o estabelecimento da justiça e dos direitos.

Zetética jurídica:

Sobre a disciplina de antropologia jurídica para a fundamentação do ser social

Luciano Ferreira Rodrigues Filho [1]
Bruno Wesley Melo Neves [2]

Resumo: Este artigo tem como objetivo discutir a importância da disciplina de Antropologia Jurídica para a formação em Ciências Jurídicas. Assim, foi abordado a ciência antropológica e sua ramificação para a área do Direito, contemplando os objetivos desta ciência para a contribuição dos fenômenos legais. A Antropologia Jurídica fornece uma compreensão de sujeito, bem como suas relações com o mundo em que vive, dando apoio às ciências jurídicas quanto à definição do ser social. Realizou-se um aprofundamento da construção sociohistórica para o surgimento das leis e pactos sociais na tentativa de alcançar a "harmonização" da sociedade, principalmente com os direitos humanos e seu conflito com as leis culturais. A partir deste conflito entende-se os valores da antropologia para mediar o estabelecimento da justiça e dos direitos.

Palavras-chave: Zetética Jurídica; Antropologia Jurídica; Direitos Humanos; Lei Social; Pacto Social

Introdução

Defende-se a concreção da justiça como tarefa humana, conforme apresentado por Bannwart Jr. e Cachichi (2015). Deste modo, entende-se que a

[1] Mestre em Psicologia Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP, membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa Trabalho e Ação Social – NUTAS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS, do curso de pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Docente da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti – FEATI.

[2] Acadêmico do curso de Direito da Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti – FEATI.

justiça surge com o desejo humano pela justiça dentro da malha social, sendo ela mediada e defendida pelo Direito, fundamentado pela ciência jurídica.

Este artigo discorrerá sobre a gênese do sentido de justiça, utilizando como fundamentação teórica a Antropologia Jurídica, arrolando sobre as contribuições da psicanálise para a formação grupal. Disto, resulta a invenção da ciência jurídica como instrumento de harmonização social (RAÓ, 2013).

A priori, defende-se o uso da zetética jurídica (FERRAZ JR., 1995) como enfoque na resolução dos problemas jurídicos. Segundo Assis; Kumpel (2011) a zetética jurídica problematiza as próprias normas, diferente do dogmatismo jurídico defendido por Hans Kelsen (2011), no chamado positivismo jurídico.

A zetética jurídica procura expandir as dimensões dos fenômenos, compreendendo o sujeito e o fenômeno jurídico de forma não isolada com outros saberes, apropriando das diferentes noções científicas sobre o sujeito e seu comportamento social, como exemplo: a antropologia e a psicologia.

Em contraposição as investigações e interpretações zetéticas, o positivismo jurídico ainda impera como modelo teórico dentro das formações jurídicas. Tal modelo tem inferência ao *princípio da pureza*, na qual, "pretende reduzir a complexidade do objeto do direito ao afastar da ciência jurídica as ingerências intrusas, potencialmente perturbadoras, de ordem epistemológica e axiológica" (ASSIS; KUMPEL, 2011, p. 464). Assim, o positivismo jurídico adota as normas jurídicas como objeto da ciência jurídica, reduzindo todo o Direito às interpretações dos fenômenos sociais pelas normas dogmáticas.

Por isso, Bannwart Jr. e Cachichi (2015, p. 2) dizem de um Direito arruinado quando "peregrina sozinha, perfazendo um caminho solopsista e autofágico", continuam os autores afirmando sobre o ganho do Direito no tecnicismo, porém, "arruína-se em matéria de fundamento e, igualmente, de legitimidade". Se entender o Direito pelo prisma positivista, deixa-se de compreendê-la como ciência das transformações humanas, para uma ciência de análise do comportamento humano, desraigada do compromisso ético-político para o desenvolvimento social. O positivismo jurídico como um vigia do comportamento humano, enquanto a zetética jurídica com teorias da compreensão humana.

Tomando a zetética jurídica como modelo emergente do Direito, busca-se comprovar a importância da disciplina de Antropologia Jurídica para o curso de Direito, na defesa audaciosa em afirmar que a disciplina é uma das mais importantes para o curso, se não, a maior delas.

Prolegômenos

Deve-se ser esclarecido que a Antropologia tem como objeto de estudo "o humano, suas produções e seus comportamentos" (MARCONI; PRESOTTO, 2008, p. 2), resumidamente: o humano e sua cultura (suas obras).

Desta forma, quando abordamos o saber antropológico dentro da ciência jurídica, não se pretende entender o humano em todos os períodos históricos. Apenas o humano que dá origem ao Direito: o ser social (RAÓ, 2013).

O ser social constituído pelas relações subjetivas com as objetivas. Naquela em que "a atividade do ser humano sempre se exterioriza através de suas relações com os seus semelhantes" (Ibidem, p. 61). Nesta linha tênue entre a ação e as relações sociais é que o Direito irá proteger e aperfeiçoar o ser humano.

Portanto, ao atribuir um saber a disciplina da Antropologia Jurídica, reatamos a ela no conhecimento que há sobre o humano mediado pelas relações com o outro, dando sustentabilidade à totalidade social no que tange à análise cultural deste grupo social. Pela construção cultural do grupo é que firma o pacto entre os membros para a harmonia social, este pacto é consolidado no Direito.

Antropologia jurídica: objetivos

A ciência antropológica pretende estudar o homem[3], porém, as ciências humanas também dão conta deste objetivo: a psicologia, sociologia, biologia, medicina etc. No entanto, o que difere a antropologia das restantes é seu

[3] Adotaremos ser, diferente do ser social (RODRIGUES FILHO, 2016).

método. Segundo Marconi e Pressoto (2008) o objeto de estudo da antropologia é o homem e suas obras, para Hobel e Frost (1981) a antropologia é a ciência da humanidade e da cultura, seus estudos centram na totalidade das manifestações do ser humano e da atividade humana.

Entender o ser em sua totalidade não torna uma tarefa simples, por isso, diz Marconi e Presotto (2008, p. 2), é necessária a "colaboração de outras áreas do saber, mas conserva sua unidade, uma vez que seu foco de interesse é o homem e a cultura". Engana-se quem pensa a antropologia como estudos dos selvagens, da horda primeva, de tribos, aliás, esta preocupação foi discutida por François Laplantine (2003, p. 8) questionando se "a 'morte do primitivo' há de causar a morte daqueles que haviam se dado como tarefa o seu estudo?".

O motivo do questionamento, segundo Laplantine, está no objetivo de estudar outras sociedades acolá da europeia na metade do século XIX. Com a universalização, se podemos falar do *start* da globalização, esse primitivo deixa de ser o exótico, cabe aos antropólogos repensar a ciência. Laplantine aponta três hipóteses:

> 1) O antropólogo aceita, por assim dizer, sua morte, e volta para o âmbito das outras ciências humanas. Ele resolve a questão da autonomia problemática de sua disciplina reencontrando, especialmente a sociologia, e notadamente o que é chamado de "sociologia comparada". 2) Ele sai em busca de uma outra área de investigação: o camponês, este selvagem de dentro, objeto ideal de seu estudo, particularmente bem adequado, já que foi deixado de lado pelos outros ramos das ciências do homem. 3) Finalmente, e aqui temos um terceiro caminho, que inclusive não exclui o anterior (pelo menos enquanto campo de estudo), ele afirma a especificidade de sua prática, não mais através de um objeto empírico constituído (o selvagem, o camponês), mas através de uma abordagem epistemológica constituinte.

O autor opta pela terceira via, "o objeto teórico da antropologia não está ligado, na perspectiva na qual começamos a nos situar a partir de agora, a um espaço geográfico, cultural ou histórico particular" (Ibidem, p. 9), para o autor, a "antropologia não é senão um certo olhar, um certo enfoque que consiste em: a) o estudo do homem inteiro; b) o estudo do homem em todas as

sociedades, sob todas as latitudes em todos os seus estados e em todas as épocas" (Idem).

A totalidade do ser, mesmo conhecendo as imperfeições do investigador em apropriá-las qual for à abordagem científica, não pode ser esquecidas. Laplantine aponta para cinco áreas de investigação do ser por inteiro: biológica, pré-histórica[4], linguístico, psicológica e social e cultural[5]. O ser por inteiro refere-se a um âmbito subjetivo, contudo, o autor enfatiza as relações sociais como (re)produtores não podendo deixar de analisar o âmbito objetivo: as sociedades.

Se o temor do fim do antropólogo decorrente do fim do homem primitivo, a partir de então, "ela é o estudo de todas as sociedades humanas (a nossa inclusive), ou seja, das culturas da humanidade como um todo em suas diversidades históricas e geográficas" (Ibidem, p. 12), não mais como comparativo cultural, com o etnocentrismo europeu, assim, "como uma civilização adulta deve aceitar que seus membros se tornem adultos, ela deve igualmente aceitar a diversidade das culturas, também adultas" (Idem).

> Estamos, evidentemente, no direito de nos perguntar como a humanidade pôde permanecer por tanto tempo cega para consigo mesma, amputando parte de si própria e fazendo, de tudo que não eram suas ideologias dominantes sucessivas, um objeto de exclusão (Idem).

Se a antropologia é construída sobre a alteridade, reconhecendo as múltiplas formas de conhecer o ser, talvez seja esta visão da ciência jurídica que está madurecendo, em contraponto ao arruinamento do Direito (BANNWART JR.; CACHICHI, 2015).

Por isso, Laplantine é enfático quando afirma o objeto da antropologia ser tão "complexo que não podia dotar-se de um único modo de acesso sem correr o risco do espírito de ortodoxia", é esta ciência que irá contribuir para o conhecimento do ser social jurídico, assim como o contrário: o Direito como produto do ser (RODRIGUES FILHO, 2016).

[4] Adotaremos históricas.

[5] Adotaremos sócio-cultural.

Pacto social, pacto edípico

Em 1983 o Folhetim da Folha de São Paulo publicou o artigo "Pacto Edípico e Pacto Social: da gramática do desejo à senvergonhice Brasílica", de autoria de Hélio Pellegrino. Passados 33 anos de sua publicação, recorre-se ao texto para expor aos alunos do curso de Direito, como a teoria psicanalítica pode contribuir para entender a formação da sociedade.

No artigo de Pellegrino, o autor apresenta o Mito de Édipo como metáfora para seu pensamento no pacto social. Resumidamente, o mito é escrito por Sófocles, tem seu enredo em torno da tríade dos personagens de Édipo, Jocasta e Laio, representações da figura de pai, mãe e filho para a psicanálise.

Antes do nascimento de Édipo, seu pai ouviu do oráculo que seu filho iria matar o pai e se casar com mãe. Preocupado Laio com a profecia, quando nasce o filho, ainda inominado, ordena que seu filho seja morto para não tornar concreto o prenúncio do oráculo. O responsável pelo assassínio de Édipo, um pastor, leva o menino ao Monte Cinterão e decide não o matá-lo por piedade. Então fura os pés do menino e pendura-o em uma árvore.

Passando pelo monte, um pastor de Corinto encontra o menino amarrado pelos pés na árvore e decide levá-lo para sua casa, onde foi criado por Mérope e Políbio. Nesta casa recebe o nome de Édipo (oiden pous, o que tem os pés inchados). Quando adulto Édipo descobre que não é filho legítimo de Mérope e Políbio. Abalado, decide se aventurar no mundo a procura de construir suas próprias "raízes". No caminho, em uma encruzilhada, encontra um senhor com uma escolta, o encontro gera um conflito na qual o senhor e alguns membros da escolta acabam sendo mortos.

E segue a vida Édipo após o conflito, com o espírito jovial e aventureiro, Édipo fica sabendo que a Esfinge desafiava com enigmas quem passasse por ela, caso não acerte o enigma era devorado por ela. Édipo, como todo jovem a procura de aventuras, aceita o prélio.

O enigma da Esfinge consistia em descobrir qual é o animal que, pela manhã, anda com quatro pés, ao meio dia dom dois e, à tarde, com três pés?

Édipo vence a Esfinge responde ser o homem: quando nasce, o bebê engatinha, quando adulto anda com os próprios pés, e na velhice usa a bengala para se sustentar. Como prêmio por destruído a Esfinge, Édipo casa-se com Jocasta, viúva de Laio. O casamento de Édipo o permite reinar em Tebas.

Édipo e Jocasta tiveram quatro filhos. Mas Tebas ainda sofrendo com as Furias por causa da morte de Laio, Édipo ordenou uma investigação para descobrir o assassino de antigo ancião. Descobre-se que o assassino é o próprio Édipo que matou na encruzilhada Laio e sua escolta. Por culpa Édipo fura os próprios olhos e Jocasta de enforca.

Pacto edípico: ordem objetiva

Para a Psicanálise o mito contêm várias simbologias que explicam as relações humanas, principalmente na estruturação do Eu (Id, Ego e Superego) pelo Complexo de Édipo.

Pellegrino utiliza do mito para explicar os pactos firmados pela sociedade, portanto, podemos entender o mito como metáfora objetiva e subjetiva. Primeiramente, abordaremos a metáfora para descrever as relações sociais, realizando o movimento da horda primeva a sociedade civil (ou como Enriquez (1999) o fez: "Da horda ao Estado").

Da horda ao Estado é uma passagem do primitivo para o civilizado, Freud (1996c) aborda essa passagem em "Totem e Tabu", na qual apresenta a formação tribal pelos liames simbólicos (totens) na tentativa de apaziguar o grupo perante os intensos conflitos ocasionados pela lei tirana, representada pela figura do grande pai, o chefe do clã.

No período da horda a lei grupal está pautada na lei do mais forte, como em um estado animalesco, selvagem. A lei do mais forte é que define a hierarquia do grupo. Freud determina (figurativa ou não) este ser mais forte como o "pai" do grupo: ele detém todos dominados pela sua força, seja física ou simbólica. Também detém todas as fêmeas para si, e isso, para Freud, é que ocasionará a união dos filhos para matar este pai e instaurar uma nova ordem social, com novas leis.

Com a tomada do poder pelos filhos, uma nova ordem é estabelecida para que não se repita o modelo arcaico, infringindo nos direitos do outro. Deste pensamento temos o surgimento das famílias, o casamento é uma das primeiras leis, originado para que os membros tribais tenham a sua própria esposa(o), sem infringir os direitos alheios. Este movimento, do assassínio do pai tirano, é a passagem da horda primeva para a civilização, pois, com a morte deste pai, algum sistema de organização social deve ser colocado no lugar para organizar as relações do grupo. Os irmãos de nem e definem novos sistemas.

O mito de Édipo levado à esfera objetiva é esta necessidade de matar o pai simbolicamente para buscar novas formas de estruturar a vida. Podemos perceber este fenômeno em vários conflitos da sociedade, como na Revolução Francesa, onde temos a união dos irmãos (plebeus) para o assassínio do pai (rei Luiz XIV), fazendo a transição do sistema absolutista para o democrático, dando fim a tirania do pai que detinha todo o poder para si: riqueza, alimento, poder etc.

Da mesma forma podemos acompanhar na Primavera Árabe: os filhos cansados da tirania do pai que os leva a uma miséria se unem e decidem dar fim a tirania derrubando o poder, porém, a dúvida do que colocar no lugar não se repetindo o modelo arcaico faz gerar novos conflitos até se estabelecer o novo sistema. Na Revolução Francesa procurou dar os mesmos direito a todos os membros sociais, sem os privilégios de apenas um, assim surge uma política com o lema: liberdade, igualdade e fraternidade.

Pacto edípico: ordem subjetiva

Na ordem subjetiva, podemos entender a metáfora do assassínio do pai, como um acontecimento simbólico para o próprio sujeito. Freud chama esta fase como Complexo de Édipo.

Entendemos que a criança nasce e ali não tem nenhuma estrutura de ordem e lei já determinada, porém, como visto em Vigotski, a criança já possui as estruturas superiores que, se estimuladas, irão dar condições para o

desvinculamento das características animalescas. O nascimento da criança ocorre em um determinado momento da história, a criança nasce dentro de um arcabouço cultural que ela terá o compromisso de se apropriar (linguagem, ideologia, religião etc.). Lacan (1985) expõe esta fase da criança como sendo o Estádio do Espelho, quando a criança à frente de um espelho percebe que "el objeto real no es el objeto que ven en el espejo", que aquela imagem é apenas um reflexo e que, assim, possui um mundo externo real.

> Esse ato, com efeito, longe de se esgotar, como no macaco, no controle - uma vez adquirido - da inanidade da imagem, logo repercute, na criança, numa serie de gestos em que ela experimenta ludicamente a relação dos movimentos assumidos pela imagem com seu meio ambiente refletido, e a desse complexo virtual com a realidade que ele reduplica, isto e, com seu pr6prio corpo e com as pessoas ou mesmo objetos que estejam em suas imediações (LACAN, 1996, P. 97).

Ao se deparar com o espelho (de forma metafórica ou experimental), a criança observa um eu real, ou seja, sua função de sujeito no universo. Contudo, é através da linguagem que a criança irá constituir sua subjetividade. Milner (1996, p. 77) expõe a linguagem sendo "o que separa de maneira capital a espécie humana do reino da natureza", sua apropriação é o que tornará possível sua ação e participação no meio (consciência, pensamento, linguagem etc.). Pela linguagem o sujeito tomará os conceitos das coisas, será instrumento de mediação entre ele e o mundo, nessa relação com o meio, se apropriará de ideologias, valores, significados dando forma e conteúdo a uma subjetividade.

Rubem Alves utiliza a metáfora das pinturas na casa para descrever esta apropriação, entendendo como sendo a casa, a criança e suas várias demandas de tintas históricas e sociais.

Assim a criança nasce e recebe suas "demãos de tintas", o ato de educar dos pais, família, da televisão etc. Não entendemos que seja importante nessa pesquisa, descrever o processo do Complexo de Édipo, talvez para descrever a construção das estruturas psicológicas, mas não é o caso. O que precisamos entender é a referência com a metáfora do assassínio do pai, para entender a educação como instituição. A demão de tinta familiar, na qual a criança esta

inserida, condiz com uma conjectura própria da família ou dos membros sociais na qual está relacionada (LACAN, 2003). A criança vai crescendo, e em sua relação dialética com o mundo, tomará consciência: sua subjetividade é constituída. Entendemos esse processo tendo como fundamento teórico o de cunho interacionista (Piaget e Vigotski, principalmente este último).

No entanto, nem tudo que a criança aprende em sua pequena rede de relacionamentos é correto perante os valores sociais e lícito perante as normas constitucionais. Por exemplo, a criança aprende que dentro de casa todos andam nus, porém, socialmente não é um comportamento aceito; aprende que dentro da família é aceito o vício do álcool, socialmente não; ela aprende que dentro da casa a criança tem o papel de protagonista, fora dela ela é apenas mais um membro social. Na esfera do licito/ilícito, ela aprende dentro de casa que se o papai bate na mamãe, então, fora dela, posso bater em outras meninas; aprende que o tio estupra a irmã, mas pela sociedade este comportamento é um crime. Então, nem tudo que se aprende em casa é legal para a sociedade.

É necessária uma instituição que faça esse equilíbrio social, para a normalidade social: a educação recebe esta função. Michel Foucault (1987) trata as escolas como instituições que irão tornar os "corpos dóceis", assim como o exército, as prisões etc. Abordaremos a escola como instituição de ensino das normas sociais. Quando chega à escola, as crianças, nos primeiros dias de aula, faz toda uma encenação de choro, tristeza, pois sabe que não está no seu ambiente cômodo. Na escola aprende que se ela enfiar o dedo no olho do outro, este outro irá revidar, se ela pegar um lápis que não é dela, será indiciada. Assim se apropria dos comportamentos adequados da sociedade e sua cultura.

A lei do incesto

A lei do incesto tem grande significado por ela representar a apropriação da Lei da Cultura, ou seja, a maturação da criança em compreender que existem regras externas a ela, que entram em conflito com o egocentrismo infantil – narcisismo. Desse conflito, a criança entende ser a mais "fraca", pois

a figura paterna tem força e poder, percebe ela que a melhor saída é submeter-se às regras, leis culturais e sociais.

A submissão, no Complexo de Édipo, ocorre pelo medo e temor da castração – Complexo de Castração –, segundo Pellegrino (2011),

> O menino descobre, na época do seu Édipo, isto é, na fase fálica, a diferença anatômica dos sexos. Ele verifica, aterrorizado, que a menina não tem pênis – e que a mãe também não possui. Ele passa a ter medo de que o mesmo lhe possa acontecer, como castigo imposto pelo pai, em virtude de seus impulsos incestuosos e parricidas. A fantasia de castração corresponde também um dos fantasmas originários, aos quais Freud atribui dimensão filogenética, arquetípica. O menino, como vimos, valoriza extraordinariamente o seu pênis, e atribui altíssimo significado narcísico. O medo à perda do pênis – filogeneticamente condicionado – obriga-o a um recuo. O menino acaba, na hipótese mais favorável, por abrir mão do seu projeto incestuoso. Ele internaliza a proibição do incesto e se identifica com os valores paternos. Dessa forma, cumpre uma etapa fundamental que o prepara no sentido de se tornar sócio da sociedade humana (p. 3).

A submissão à lei, nesse sentido edípico, ocorre de forma temerosa, pelo medo, cria-se a imposição da lei pelo medo das consequências, o incesto pode ocasionar a castração, o corte do objeto fálico, do prazer. O mesmo ocorre na esfera religiosa, o pecado representa o corte com o Reino de Deus, foi assim com Adão e Eva que, ao comer a maça, cometeram o pecado original, o corte com a figura paterna resulta no livre arbítrio, não estando mais no paraíso, mas nas tragédias que o mundo oferece, seriam elas as aventuras de Édipo que sai da casa dos pais adotivos. Sair desta casa, fazer o corte simbólico, fazer o corte com Deus, seria este processo de "desmame", seguir seus próprios caminhos – livre arbítrio –, o processo de aculturação do mundo (Lei da Cultura) e, não mais, das leis do pai.

Quando os filhos de unem e matam o pai tirano, consequente a isso surge à liberdade. Neste episódio, a morte do rei Luiz XIV faz emergir a liberdade dos sujeitos dentro da sociedade – liberalismo –, "a partir do momento em que cada ser humano equivale a seu próximo, aparece o retorno da indiferenciação,

obsessão constante de todas as sociedades" (ENRIQUEZ, 1999, p. 247). A liberdade põe fim ao poder controlador e disciplinador. Sem este olhar opressor, o desejo pode ser realizado, o ideal da liberdade lhe garante, "[...] ao proclamar todos os seres como livres e iguais, dizendo que nenhuma categoria social detém, de direito, o poder, ela favorece a criação de classes sociais e instaura a interminável luta pelo poder" (idem).

A invenção do Estado-moderno, paralelo a isso, o aparecimento dos Direitos Humanos, possui uma ideia errônea se pensar a constituição como sendo um conjunto de leis a ser seguida em contraponto a liberdade. Não se trata de seguir as leis pela submissão ao temor do pai (Estado), da figura divina, do castigo e do julgamento, "uma lei que se imponha apenas pelo temor é uma lei perversa, espúria – lei do cão" (PELLEGRINO, 2011, p. 3). Por isso a lei seguida pelo medo cria uma sociedade perversa, criando uma barreira para a autonomia e emancipação do sujeito.

> Só o amor e a liberdade, subordinando e transfigurando o temor, permitem uma verdadeira, positiva e produtiva relação com a lei. A autêntica aceitação de interdito do incesto, de modo a torná-lo nódulo crucial capaz de estruturar uma identificação posterior com os ideais da cultura, só é possível na medida em que a criança seja amada e respeitada como pessoa na sua peculiaridade pelo pai e, antes dele, pela mãe. É o amor materno que funda a personalidade para que a criança vença a angústia de separação, tornando-se um ser outro em respeito à mãe. O amor da mãe, já modelado pela cultura, prepara o advento do terceiro, do pai, cuja entrada em cena por meio da estrutura triádica ajuda a criança a construir sua própria liberdade e autonomia (Ibidem, p. 4).

O amor e a liberdade, de que fala o autor, refere-se à saída de Édipo das casas dos pais, não foi por medo ou temor, mas por amor e liberdade. Sua saída está na conscientização ao "assumir sua condição de terceiro termo excluído" (Idem), mas sem perder o vínculo afetivo e amoroso que os pais sentem pelo filho. O filho vai procurar construir seus próprios desejos, suas aventuranças. Ao seguir as leis sociais, não se está mais na ordem do temor, mas na ordem do desejo de lei, a mesma lei que te cria proibições, mas que

também lhe defende. É a transformação do princípio de prazer para o princípio de realidade.

> O menino, no Édipo, tem barrado o seu acesso sexual a mãe. Esta perda, no entanto, que representa o fechamento de uma porta, deve abrir no futuro inúmeras outras portas. O Édipo proíbe o incesto, sem dúvida, mas permite todas as outras escolhas que não sejam incestuosas. A Lei existe, não para humilhar e degradar o desejo, mas para estruturá-lo, integrando-o no circuito do intercâmbio cultural (Idem)

A lei constitucional surge deste aparato legal para a ordem social, a harmonia entre os membros da sociedade, sem que o desejo do outro interfira na vida alheia de modo perversa e perigosa (erótica e agressiva). A criança aprende com a lei que não se pode realizar todos os seus desejos sexuais, que não pode usar a agressividade para tal objetivo. Deve-se conter. O mesmo com o sujeito adulto: existe uma compreensão sobre a lei como mecanismo de manutenção da estrutura social, como regulador das relações sociais e institucionais. A lei constitucional é este conjunto de normas e regras sociais, visando à convivência harmônica do sujeito com o mundo.

Direito humanos

Desde o surgimento do pacto social existe um conflito entre a norma, quem doutrina a norma, e a pessoa que pode estar sujeita a efeitos da norma. Este conflito ocorre principalmente pela diversidade cultural, e hoje em dia, após a época dos impérios, das colonizações, e com a globalização tecnológica, criamos um contato com outros povos e culturas, tanto que criamos mecanismo de direitos para regular requisitos básicos de interação entre os povos, que visa, respeitar a dignidade do ser humano á priori. A questão é, todos os seres humanos são dignos de serem respeitados igual ao outro? Até que ponto a cultura pode se envolver nos direitos fundamentais do ser humano? Questões como essa, que tem relação ao limite da normatização, de como fazer "a liga" dos direitos de sociedades diferentes, e outros assuntos que englobem sobre a hermenêutica dos direitos fundamentais em razão do "universalismo cultural".

O surgimento dos direitos humanos é impossível ser calculado de forma exata no tempo, pois é um direito imaterial que pode ter resquícios entre várias civilizações antigas e não ser possível ter objeto de prova. É considerado por vários historiadores o surgimento dos direitos humanos com Thomas Jeferson, mediante a carta escrita para a declaração de independência americana. A célebre historiadora Lynn Hunt (2009, p. 13) descreve o que foi escrito e a relevância desta carta,

> No seu primeiro rascunho da Declaração da Independência, preparado em meados de junho de 1776, Thomas Jefferson escreveu: "Consideramos que estas verdades são sagradas e inegáveis: que todos os homens são criados iguais & independentes (sic), que dessa criação igual derivam direitos inerentes 8c inalienáveis, entre os quais estão a preservação da vida, a liberdade & a busca da felicidade". Em grande parte graças ás suas próprias revisões, a frase de Jefferson logo se livrou dos soluços para falar em tons mais claros, mais vibrantes: "Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade". Com essa única frase, Jefferson transformou um típico documento do século xviii sobre injustiças políticas numa proclamação duradoura dos direitos humanos.

E por seguida, surge outro documento importante, um documento feito pelos franceses, foi após a queda da bastilha, era um momento de tensão, os franceses viviam a desigualdade social, econômica e politica a "flor da pele", e, portanto, a nova Assembleia que constituíram, escreveram um documento que trazia direitos fundamentais, que assim Lynn Hunt (2009, p. 14) narra:

> O documento (...) era espantoso na sua impetuosidade e simplicidade. Sem mencionar uma única vez o rei, nobreza ou igreja, declarava que "os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem" são a fundação de todo e qualquer governo. Atribuía à soberania à nação, e não ao rei, e declarava que todos são iguais perante a lei, abrindo posições para o talento e o mérito e eliminando implicitamente todo o privilégio.

Após o marco da revolução francesa, influenciou o mundo inteiro com a novidade da conquista de direitos feito pela sociedade contra o estado, inovou com a sua constituição e trouxe a principio direitos sociais positivados em lei.

Outro grande feito para os direitos fundamentais, foi no séc. XX após a segunda guerra mundial, outra época instável, fragilizada com o desrespeito contra o ser humano, época de barbárie, carnificina, de ódio, visto que de acordo com a crise, surgem dois caminhos, o primeiro é a comodidade, o povo se acomodaria com as decisões de autoritarismo, e permaneceria estático, quanto o outro caminho, foi o de revolução, onde surge a necessidade de reparar o problema, mediante no caso, leis coagindo vários países a utilizar tais direitos sociais e de tornar como direitos fundamentais em sua nação, a declaração dos direitos dos homens, foi o principal documento dos direitos humanos, e nela que gerou efeitos de influencia em todas as constituições de outros países, especialmente, a Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil.

Relativismo Cultural e o Universalismo Ético

O relativismo cultural e o Universalismo ético são teorias que dizem a respeito das formas que devemos interpretar, organizar, adaptar, normas através da globalização. No caso do Relativismo Cultural, é a teoria que assim como o nome, é relativo à forma de interpretar a cultura, que não existe uma cultura certa sob outra cultura, que todas têm a sua verdade dentro de sua cultura apenas. Marina Marconi e Zelia Presotto (2008, p. 17) conceituam que,

> A relatividade cultural ensina que uma cultura deve ser compreendida e avaliada dentro dos seus próprios moldes e padrões, mesmo que estes pareçam estranhos e exóticos. (...) Os indivíduos têm direito a suas próprias crenças, aos seus próprios hábitos e costumes, a sua própria ideologia e a sua própria cultura. (...) As formas de pensar e agir de grupos diferentes devem merecer o maior respeito possível e, por isso, seria injusta a introdução deliberada de mudanças no interior dessas culturas.

Essa teoria tem a tutela de preservar a liberdade cultural, ela afirma que não existe padrão universal, pois os seres humanos não são iguais a ponto de haver uma padronização cultural. A liberdade cultural prevalece a todas as outras formas de princípios fundamentais, como da dignidade da pessoa humana, e até o principio do direito a vida.

Larissa Batista, Carolina Suptitz (apud Lidório, 2008, p. 02), cita que: "Não há verdades culturais visto que não há padrões para se pensar o comportamento humano e compará-lo a outro. Cada cultura pesa a si mesma e julga a si mesma".

Bom, visto que o Relativismo Cultural, é uma forma de teoria que visa entender melhor, aceitar a outra cultura independentemente de suas características, o Universalismo Ético, é outra teoria, que ao contrário do relativismo, é mais padronizada, e acredita na igualdade natural do ser humano diante a sociedade. Essa teoria é baseada no jus naturalismo, e Junio Barreto dos Reis (2017, p. 5) conceitua que:

A teoria do universalismo cultural ensina que todos os seres humanos, independentemente de sua identidade cultural, são titulares de valores universais, o que consequentemente estabelece os direitos humanos como universais.

Cultura

Para aprofundarmos um pouco, precisamos saber o que é cultura, seu conceito ao longo da história, conceito segundo alguns antropólogos, e como surgiu a cultura.

Para Assis (2011, p. 236) define cultura como,

> Significa formação individual da pessoa humana, o u seja, aquilo que os gregos denominavam *paideia* (formação do homem) e os romanos *humanitas* (educação do homem). No segundo significado o termo indica o conjunto de obras humanas, ou seja, o conjunto dos modos de vida criados, adquiridos e transmitidos de uma geração para a outra entre os membros de determinada comunidade ou sociedade. (...) No século XIX o

> termo cultura passa a indicar o conjunto dos modos de vida de um grupo humano determinado, sem referência ao sistema de valores para os quais estão aqueles. Assim, cultura passa a designar tanto a sociedade mais progressista quanto as formas de vida social mais rústicas. (...) **Edward Tylor** (...) segundo ele, cultura é todo o conjunto de obras humanas, portanto, trata-se de um todo complexo que abrange conhecimento, crença, arte, princípios morais, leis, costumes e várias outras aptidões e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma comunidade ou sociedade. (...) **Ralph Linton** entende que a cultura de qualquer sociedade consiste na soma total de ideias, reações emocionais condicionadas a padrões de comportamento habitual que seus membros adquiriram por meio de instrução ou imitação; **Franz Boas** define cultura como a totalidade das reações e atividades mentais e físicas que caracterizam o comportamento dos indivíduos que compõem um grupo social. **Malinowski** diz que cultura é um composto integral de instituições parcialmente autônomas e coordenadas que, em seu conjunto, tende a satisfazer toda a amplitude de necessidades fundamentais, instrumentais e integrativas do grupo social. (grifo nosso).

Visto com essa definição, pode concluir-se que cultura é produto do homem, de uma sociedade, e esse produto é utilizado por todos dentro dessa comunidade, sociedade. Priscila Rezende (2012, p. 17) diz as formas de culturas bem resumidas,

> **Cultura material** são coisas materiais, concretas, que foram criadas pelo ser humano com uma finalidade. São, por exemplo, vestuários, arco e flechas, vasos, talheres, alimentos, habitações etc. **Cultura imaterial** são elementos não concretos da cultura como valores, hábitos, crenças, potencialidades, normas, valores, significados etc. **Endoculturação** é a aprendizagem e estabilidade de uma cultura, ou seja, cada indivíduo recebe as crenças, os modos de vida da sociedade a que pertence, o comportamento, hábitos e valores. A sociedade controla os atos, comportamentos e atitudes de seus membros. **Aculturação** é a fusão duas culturas diferentes, ou seja, dois grupos que entraram em contato. Esse contato, quando contínuo, engendra alterações nos padrões de cultura de ambos os grupos. Paulatinamente, essas culturas fundem-se e formam uma sociedade e cultura nova. **Subcultura** é um meio peculiar de vida de

> um grupo menor dentro de uma sociedade maior. Exemplo: a cultura do Nordeste brasileiro; a cultura do vodu na Jamaica; *skinheads*; *punks*; emocore etc. **Sincretismo cultural** É a fusão de dois elementos análogos (praticas e crenças), de culturas diferentes ou não. Exemplo: a cultura africana que entra em contato com a cultura cristã.

Outro fator que é necessário entender é quanto a seu surgimento, Assis (apud CHAUÌ. 2011, p. 237) narra que,

> A antropologia procura uma regra ou norma capaz de estabelecer o momento da separação homem-natureza como instante de surgimento das culturas. (...) Alguns antropólogos entendem que essa diferença surge no momento em que os humanos inventam uma lei que, quando transgredida, implicará a pena de morte do transgressor, exigida pela comunidade: **a lei da proibição do incesto**, desconhecida pelos animais. Para outros a diferença é estabelecida quando os humanos definem uma lei que, se transgredida, causa a ruína da comunidade e do indivíduo: **a lei que separa o cru do cozido**, desconhecida dos animais. Há, ainda, aqueles para os quais o que distingue a sociedade humana da sociedade animal é a forma de **comunicação através da troca de símbolos**.

O surgimento da cultura mediante o evolucionismo, assim, quando a seleção natural que houve nos primatas, e separaram gradualmente os primatas com o encéfalo maior, a postura ereta, o polegar opositor, surge em algum momento da história nos *homo sapiens sapiens* a incrível capacidade de falar, comunicar com outros membros da tribo, com uma capacidade enorme de vocabulários, e também, a capacidade de fabricar instrumentos para nossa sobrevivência. Existem características culturais, que a Universidade Paulista (2017, p. 3) define como,

> Todo comportamento que não é baseado nos instintos, mas nas regras de comportamento em grupo, o que nos permite transformar a natureza para a sobrevivência (trabalho) e permite-nos atribuir significados e sentidos ao mundo pelos símbolos (o branco simboliza a paz ou o tipo de vestimenta simboliza status).

Ou seja, o surgimento da cultura, pode-se dizer que foi junto com os surgimentos dessas características do ser humano, como, ter um cérebro bem

desenvolvido, a localização da laringe e a forma, e o polegar opositor bem separado dos outros dedos, dando a capacidade de serem inteligentes, falar, e construir.

Problematização da Aplicação dos Direitos Humanos

Assim como foi explanado, existem diversos questionamentos e os maiores problemas são relacionados quanto à característica personalíssima do ser, ou seja, Direitos Humanos devem ser aplicados a todos que são humanos, assim como diz a declaração dos direitos dos homens? Esse é o questionamento mais comum, e mais usual por conservadores. Se analisarmos que os Direitos Humanos historicamente surgiram de Thomas Jefferson, e escreveu a base dos direitos humanos "que todos os homens são iguais e livres e possuidores de direitos" só que, Jefferson era um senhor que segundo Lynn Hunt (2012) era possuidor de escravos, ou seja, era hipócrita quanto a isso, ou, considerava que escravos não constituía caraterística humana, ou, devido à condição de ser possuidor de escravos, e escravos valerem bastante dinheiro na época, não queria se abster-se desse meio econômico. Nessas hipóteses vamos adentrar dentro do paradoxo da autoevidência. Que segundo a autora Lynn Hunt (2012, p. 18) diz,

Se a igualdade dos direitos é tão autoevidente, por que essa afirmação tinha de ser feita e por que só era feita em tempos e lugares específicos? Como podem os direitos humanos ser universais se não são universalmente reconhecidos?

A lei do mais forte é inerente de questões politicas de um estado por enquanto, e o ser humano continuará se prevalecendo desse requisito quanto às decisões que precisam ser feito. A questão **de constituir sujeitos para compor a sua nação**, e, **de aceitar sujeitos de outras nações a incorporar a sua nação**, vai partir da necessidade da nação, e se tais sujeitos preenchem tais necessidades.

A igualdade humana em sentido de todos os humanos possuírem direitos em uma sociedade igual ao outro humano, não deve ter uma interpretação

inequívoca quanto à perspectiva de igualdade sobre um humano. Exemplo, a igualdade biológica, nem todos os humanos serão iguais biologicamente, sendo que, a característica biológica que condiciona ser humano, é o seu DNA, e não a característica física.

O ser humano é considerado igual ao outro pelo meio cientifico, não existem nenhuma diferença biológica entre as classes sociais que os separam, e as classes só os separam por haver motivos de que, tais classes sociais mais fracas são submetidas por força coercitiva ou coativa pela mais forte, e prolongando essa dominação por meio de gerações, acontecendo fenômenos sociológicos como a submissão de uma cultura devido à opressão de outra cultura, havendo na cultura submetida uma acomodação ao longo do tempo, passando por gerações. Exemplo disso é o racismo embutido em uma cultura, e os povos dessa cultura mesmo sofrendo o racismo, não visualizam, notam, ou ainda, acham que não estão sofrendo.

A não aceitação de que todos humanos tem direitos iguais que geram a desigualdade, e mais fundo ainda, o álter ego do ser humano, pelo conflito de interesses, para conseguir ser o detentor de mais força, de poder, não permiti com que tenha empatia, pois a ambição é que controla o subconsciente.

Quanto aos direitos humanos serem inseridos em outra cultura, em uma cultura onde não respeita um requisito em especial dos direitos humanos, por motivo de tradição cultural, como inserir, o que fazer? É outra questão bastante extensa, e que deve ser bastante discutido. Nós humanos, quando vivemos em sociedade, e nessa sociedade existe uma cultura que não respeita a liberdade de conhecimento, acontecerá um fenômeno social, que é o aprisionamento cultural, esse aprisionamento cultural, nada mais é que, uma cultura que cria tabus sobre determinados assuntos, e fazem com que tais assuntos não sejam discutidos nessa sociedade prolatando uma ignorância em uma determinada área, havendo por seguinte uma defasagem na evolução dessa área, contribuindo para a ignorância e indo contra o progresso do desenvolvimento dessa área. Exemplo disso é tabus como sexo, em algumas tribos africanas, onde a mulher não pode sentir prazer, e tem que ser mutilada na genitália para que perca o prazer, fazendo com que a mulher aceite, pois, sua mãe, vó, irmã, ou seja todas as mulheres fizeram isso, e isso é torne

normal, pois, é uma pratica comum na sociedade, e não questione sobre isso, ocorrendo que se não haver uma intervenção de outra cultura, essa pratica possivelmente se perpetue nesta tribo por longa gerações.

E outro questionamento que surge se é moral outra sociedade intervir em outra cultura? Qual teoria utilizar? A teoria do relativismo cultural ou do universalismo ético? Deve se analisar tal pré-requisito básico, como, qual é o dano que tal cultura está fazendo as pessoas que as compõem? Se esse dano for contra a vida, deve haver a interferência, base disso, é que, pelo aprisionamento cultural, não existirá uma possibilidade de escolha consciente do ser, ele estará aprisionado nos conceitos e filosofia de vida daquela cultura, sem liberdade de escolher outra cultura, ou seja, sendo um ser alienado e sem condição de escolha, sem a possibilidade de contestar a sua morte, ou de matar. Visto isso, deve haver uma interferência, com base no Universalismo Ético, que todos somos iguais, e que todos merecemos viver, independente da cultura, e além do mais, todos devemos ter a liberdade de conhecimento, e de expressão.

Referências

ASSIS, Olney Queiroz; KUMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. (Orgs.). **Sociologia jurídica**: de acordo com a Resolução 75/2009 do CNJ indicada para concursos de magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

BATISTA, Larissa da Silva; SUPTITZ, Carolina Elisa. **O infanticídio indígena e o direito universal á vida**. 11ª edição. Santa Maria: Fadisma, 2014.

ENRIQUEZ, Eugène. **Da horda ao Estado**: psicanálise do vínculo social. 3ª reimp. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu e Outros Trabalhos**. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos:** uma história. 1ª ed. Curitiba: A página, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**: introducción a los problemas de la ciência jurídica. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. Trad. de Marie-Agnés Chauvel. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PELLEGRINO, Hélio. Pacto Edípico e Pacto Social: da gramática do desejo à senvergonhice Brasílica. **Folhetim da Folha de São Paulo**, 11 set, 1983.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 7. ed. Anotada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REIS, Junio Barreto dos. **O infanticídio indígena:** Um conflito entre a diversidade cultural e os direitos humanos. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab28ad5cc818e94c> Acesso em: 30 de maio de 2017 as 15hrs03min.

REZENDE, Priscila. **Antropologia cultural**. Curitiba-PR: IESDE Brasil, 2012.

RODRIGUES FILHO, Luciano Ferreira. György Lukács: o direito constituído pela ontologia do ser social, ideologias de exclusão. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, on-line, Málaga, 2016.

RODRIGUES FILHO, Luciano Ferreira; COSTA, Ilton Garcia da. **Direito e Psicologia**: o sujeito em inclusão. Curitiba: Instituto Memória, 2016.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana**, Rio de Janeiro , v. 12, n. 1, p. 207-236, Abr. 2006.

UNIVERSIDADE PAULISTA. **O surgimento da cultura**. Disponível em: <unipvirtual.com.br/material/unip/licenciatura/grupo1.1/pdf/mod_12.pdf> acesso em: 30 de maio de 2017 as 14hrs55min.

Luciano Ferreira Rodrigues Filho
Bruno Wesley Melo Neves

Data Venia
Revista Jurídica Digital
ISSN 2182-6242
Ano 5 ● N.º **07** ● Setembro 2017