

O DIREITO

Ano 155.º (2023), I

Diretor

JORGE MIRANDA

O DIREITO

Ano 155.º (2023), I

Diretor: JORGE MIRANDA

Fundadores

António Alves da Fonseca

José Luciano de Castro

Antigos Diretores

José Luciano de Castro

António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide)

Fernando Martins de Carvalho

Marcello Caetano

Inocêncio Galvão Telles

Diretor

Jorge Miranda

Diretores-Adjuntos

António Menezes Cordeiro

Luís Bigotte Chorrão

Maria João Galvão Teles

Consulta e Estatuto Editorial

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

Publicação: trimestral

Coordenação e revisão: Veloso da Cunha

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

NIPC 513319425/506512495

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

Editora: Edições Almedina, SA

Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80

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

3000-167 Coimbra – Portugal

editora@almedina.net

Depósito legal: 229122/05

N.º de registo na ERC – 124475

ÍNDICE

Editorial.	7
--------------------	---

DOCTRINA

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

<i>Ius aedificandi: público ou privado?</i>	9
---	---

HUGO LUZ DOS SANTOS

<i>O critério da continuidade das relações jurídicas e económicas que subjaz ao regime de imputação da responsabilidade penal: perspectivas para o futuro</i>	41
---	----

ISA MEIRELES

<i>A prova está online: a necessidade de um novo conceito de consumidor trazido pela prova digital e os perigos da prova diabólica na esfera do consumo</i>	63
---	----

LEONARDO CASTRO DE BONE

<i>As ações de wrongful birth e wrongful life: controvérsias no plano dos pressupostos constitutivos da responsabilidade civil</i>	85
--	----

MÓNICA BARROSO DE ALMEIDA

<i>O fundamento de licitude para o tratamento de dados de saúde por seguradoras</i>	145
---	-----

SOFIA INÊS VIDEIRA GOMES

<i>A efetividade da prevenção do branqueamento de capitais por parte dos bancos</i>	171
---	-----

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de publicação	197
-----------------------------------	-----

EDITORIAL

Infelizmente, 2023 anuncia-se um ano difícil pela continuação da guerra da Rússia contra a Ucrânia, pelos problemas ambientais que se vão agravando e pela deslocação de populações.

Em Portugal, tudo isso tem os seus reflexos, a que acrescem dificuldades de reforma do aparelho judiciário, do serviço nacional de saúde e do sistema escolar, além de casos de lamentáveis infrações de ética republicana por alguns titulares de cargos políticos.

Foi desencadeada agora mais uma revisão constitucional (a sétima desde 1982). Só é de esperar que não obnubile o exercício das competências da Assembleia da República no domínio legislativo e de fiscalização do Governo.

Poderá haver conveniência em responder a mutações tecnológicas, não em transformar a Constituição em programa de Governo.

O *Direito* procurará estar atento a todas as vicissitudes, dentro do seu âmbito próprio.

DOCTRINA

Ius aedificandi: público ou privado?*

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

SUMÁRIO: I – Introdução: 1. A dúvida; 2. Pistas a excluir. II – Nota histórico-comparatística 3. Da Revolução do Neolítico à Idade Média; 4. A era das cidades; 5. O Direito do urbanismo; 6. A interdisciplinariedade. III – A experiência portuguesa: 7. Do municipalismo a Pombal; 8. O liberalismo; 9. O intervencionismo; 10. Regras públicas; nota comparatística. IV – Direito público do urbanismo: 11. Alguns problemas; 12. Segue; descoordenação e “poder local”; 13. Descontinuidade e insuficiências; o exemplo da REN. V – Direito privado do urbanismo: 14. Nota comparatística; 15. O Código Civil português. VI – A reconstrução do ius aedificandi: 16. A “composição” do direito de propriedade.

I – Introdução

1. A dúvida

I. O *ius aedificandi*, numa primeira aproximação, é o direito subjetivo de construir num prédio: rústico ou urbano. Hoje, como provavelmente há muito, o proprietário de um prédio não o pode edificar sem percorrer um complexo itinerário administrativo. Não edifica nem quando quer e nem como quer; no limite, não edifica nada: tudo depende da sua capacidade económica de preencher um *iter* condicionante e de obter decisões favoráveis da Administração Pública. Surge a dúvida: o direito de propriedade é um direito (subjetivo) privado; mas a faculdade de construir ou *ius aedificandi* inclui-se naquele direito ou é uma prerrogativa do Estado, que este, de acordo com bitolas que incluem poderes discricionários, irá concedendo aos particulares? A questão não é pura-

* Destinado ao Estudos em Honra da Professora Doutora Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia.

mente teórica: da resposta que se lhe dê resultam consequências de regime, com o maior relevo prático.

II. A dúvida suscitada está em aberto. Entre nós, uma primeira corrente, apontada como maioritária¹, entende que o *ius aedificandi* é²:

(...) um poder que acresce à esfera jurídica do proprietário, nos termos e nas condições definidos pelas normas jurídico-urbanísticas, em especial dos planos dotados de eficácia plurisubjetiva.

A ela aderem autores como a nossa Ilustre Homenageada, Maria da Glória Garcia³, e ainda Cláudio Monteiro⁴, Rui Machete⁵, Jorge Miranda⁶, João Miranda⁷, Fernanda Paula Oliveira⁸ e Mário Esteves de Oliveira⁹.

III. No sentido inverso, isto é, no de o *ius aedificandi* se incluir, à partida, no direito de propriedade, sendo limitado por regras públicas, pronunciaram-se, além de nós próprios¹⁰, Oliveira Ascensão¹¹, Freitas do Amaral¹², João Caupers¹³, Marcelo Rebelo de Sousa¹⁴ e Jorge Reis Novais¹⁵.

¹ Maria Inês Magalhães Mendes, *Restrições ao direito de propriedade, em especial os atos administrativos autorizativos / A licença: restrição ou atribuição?* (2013, polic.), 42 pp..

² Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do urbanismo*, 1, 4.^a ed. (2008), 847; *idem*, *As grandes linhas da recente reforma do Direito do urbanismo português* (2000, reimp.), 155 pp., 51 ss., sublinhando a discricionariedade conferida à Administração Pública.

³ Maria da Glória Garcia, *O Direito do urbanismo entre a liberdade individual e a política urbana*, RJUA 13 (2000), 97-113 (104-105), em face da consagração dos novos valores constitucionais.

⁴ Cláudio Monteiro, *O domínio da cidade: a propriedade à prova no Direito do urbanismo* (2013), 720 pp., 219, assente na “reserva do plano”.

⁵ Rui Machete, *Constitucionalidade do regime de caducidade previsto no DL n.º 351/93* (parecer), RJUA 3 (1995), 241-260 (251 ss. e 258 ss.).

⁶ Jorge Miranda, *Ordenamento do território e Constituição (sobre a constitucionalidade do DL 351/93)*, RMP 61 (1995), 100

⁷ João Miranda, *A dinâmica jurídica do planeamento territorial: a alteração, a revisão e a suspensão dos planos* (2002), 295-306.

⁸ Fernanda Paula Oliveira, *O direito de edificar: dado ou simplesmente admitido pelo plano/anotação STA 1-fev.-2001 (João Cordeiro)*, CJA 43 (2004), 52-57 (52-55).

⁹ Mário Esteves de Oliveira, *O direito de propriedade e o jus aedificandi no Direito português*, RJUA 3 (1995), 161-239 (197 e *passim*), baseando-se na Constituição.

¹⁰ *Direitos Reais*, 1 (1979), 892 ss.; *idem*, *Tratado de Direito civil*, XIV (2023), n.º 35 (120-122).

¹¹ José de Oliveira Ascensão, *O urbanismo e o direito de propriedade*, em *INA / Direito do urbanismo* (1989), 319-344 (323 ss.).

¹² Diogo Freitas do Amaral, *Apreciação da dissertação de doutoramento do licenciado Fernando Alves Correia*,

IV. Quanto à jurisprudência: influenciada por ilustres urbanicistas, com relevo para Alves Correia, ela tem vindo a proclamar que o¹⁶

“*jus aedificandi*” não se apresenta à luz do texto constitucional, em especial do artigo 62.º, como fazendo parte integrante do direito fundamental de propriedade privada. (...) A faculdade de construir é de configurar como mera concessão jurídica pública resultante, regra geral, dos planos urbanísticos.

Os arestos que perfilham tais considerações pretendem decidir que o artigo 62.º da Constituição não veda restrições ao *ius aedificandi*.

2. *Pistas a excluir*

I. No esclarecimento do *ius aedificandi* e da sua natureza, ocorrem diversas pistas que importa ou excluir *a priori* ou reconduzir às suas dimensões. *A priori*, afastamos a existência (ou a excelência) de uma opção extrajurídica, dependente da formação dos autores implicados. Com efeito, o saber se o *ius aedificandi* pertence ao núcleo do direito de propriedade ou se é o produto de uma concessão, pelo Estado, de uma vantagem que, à partida, não pertenceria ao dono poderia surgir como uma clivagem entre privatistas e publicistas. Nós próprios já veiculámos essa ideia, assente nas posições de Oliveira Ascensão, privatista e de Alves Correia, publicista. No entanto, como bem disse Reis Novais, ela não é exata: basta ver que, hoje, a natureza privada do *ius aedificandi* é maioritariamente defendida por publicistas: Diogo Freitas do Amaral, Marcelo Rebelo de Sousa, Reis Novais e João Caupers. Todavia, a ideia de uma “competição” pública e privada pode operar como um pré-entendimento, prejudicando o raciocínio e levando, para o sectarismo, algo que deveria assentar, apenas, em considerandos dogmáticos e jurídico-científicos.

RFDUL XXXII (1991), 91-105 (99-101), recordando, em especial, a cedência (privada) do direito de construir através do direito de superfície, nos termos dos artigos 1524.º e 1528.º do Código Civil.
¹³ João Caupers, *Estado de Direito, ordenamento do território e direito de propriedade*, RJUA 3 (1995), 87-115 (92 ss. e *passim*).

¹⁴ Marcelo Rebelo de Sousa, *Parecer sobre a constitucionalidade das normas constantes do DL n.º 351/93 / Parecer*, RJUA 1 (1994), 131-148 (144-146).

¹⁵ Jorge Reis Novais, *Ainda sobre o jus aedificandi (... mas agora como problema de direitos fundamentais)*, Est. Sousa Franco, II (2006), 493-521 (507-521).

¹⁶ STA 10-out.-2002 (Santos Botelho), Proc. 0912/02; *vide*, também nessa linha: STA 15-jan.-2003 (Abel Atanásio), Proc. 0302/02; STA 31-mar.-2004 (Costa Reis), Proc. 035338; TCAN 19-jun.-2008 (Jorge Miguel de Aragão Seia), Proc. 00418/04; TCAS 30-nov.-2013 (Paulo Pereira Gouveia), Proc. 01495/06; TAF Coimbra 28-jun.-2019 (Ricardo de Oliveira e Sousa), Proc. 00177/08.

II. De reduzir às suas dimensões estão argumentações assentes na Constituição. Por certo que a Constituição tem, numa lógica de pirâmide das fontes, uma posição cimeira. Mas da Constituição apenas podemos retirar a consagração do direito de propriedade (62.º/1) e a existência de limitações a esse direito, mormente por via do urbanismo (65.º) e da tutela do ambiente (66.º). Não cabe ao legislador constituinte – nem ao ordinário – fazer doutrina ou apontar diretrizes dogmáticas.

III. Também sobredimensionados são os argumentos retirados da densidade do tecido público, da predominância dos planos e dos PDMs e da discricionariedade conferida às autarquias e a outros agentes urbanísticos públicos. Em termos técnicos, a propriedade e as faculdades nela inseridas podem ser restringidas, sem que isso implique a deslocação do *ius aedificandi* para os supervisores.

IV. Na determinação da natureza jurídica do *ius aedificandi*, intervêm fatores de ordem histórica, cultural, técnica e dogmática. Propomo-nos seguir a evolução histórica e comparatística do “direito” de construir. A experiência nacional merece, depois, uma especial atenção. Atentaremos, por fim, nos elementos técnico-jurídicos que, à luz do sistema e dos seus valores, poderão fazer luz e dissipar a dúvida: *ius aedificandi*: público ou privado?

II – Nota histórico-comparatística

3. *Da Revolução do Neolítico à Idade Média*

I. De acordo com os conhecimentos disponíveis, a espécie humana desenvolveu-se, durante dezenas de milhares de anos, em pequenas comunidades de caçadores-coletores. A caça e a apanha de frutos e outros vegetais de criação espontânea constituíam a base da alimentação. O domínio do fogo permitiu ampliar a paleta alimentar disponível: através da cozedura, tecidos animais e vegetais tornavam-se consumíveis por parte dos seres dotados de inteligência, mas com escassas armas naturais. O passo seguinte foi o da agricultura e o da domesticação de animais: de acordo com a terminologia fixada pelo arqueólogo australiano Gordon Childe (1892-1957)¹⁷, tratou-se da revolução

¹⁷ Vere Gordon Childe, *The Most Ancient East/The Oriental Prelude to European Prehistory* (1929), XVI + 258 pp., 42 ss.; *idem*, *What Happened in History* (1948), 305 pp. = trad. italiana. *Il progresso nel mondo antico/L'evoluzione delle società umane della preistoria agli inizi dell'età classica* (1975), 307 pp., 70 ss. e 97 ss.; há trad. portuguesa.

do neolítico¹⁸, base da propriedade privada¹⁹. A partir desse momento histórico, foi possível o incremento da produção, com a formação de excedentes, a diferenciação social e o controle individual dos meios de produção. Surgiram as aglomerações humanas sedentarizadas ou permanentes, a que chamaremos urbes ou cidades.

II. Cidades significativas, com cerca de 15.000 habitantes, ocorreram em zonas hoje integradas na Ucrânia, na Romênia e na Moldávia, por volta de 5.000 a. C.. Desenvolveram-se em áreas de fácil defesa ou com vias de comunicação próximas. As edificações obedeciam já a uma certa racionalização: arruamentos, palácios ou templos centrais, mercado e diversas soluções de tipo higiênico. Sem regras, as urbes primitivas não seriam possíveis. O fenômeno da urbanização ocorreu, depois, na Mesopotâmia, na China, no Egito, no México e noutros locais, sem ligação entre si. Afigura-se ser uma consequência da inteligência e da evolução da Humanidade. A mais antiga cidade europeia terá sido Salnitsats (4.700 a. C. a 4.200 a. C.), na atual Bulgária. A História documenta, no Ocidente, importantes centros urbanos na Grécia antiga, onde surgiram os primeiros planos urbanos conhecidos, com relevo para Hippiodamos de Mileto, 498 a. C.-408 a. C., pai da urbanização urbana em quadriculas (plano hipodâmico). Tudo isso assentava, necessariamente, em regras gerais.

III. As experiências antigas, particularmente Roma, deixaram-nos a imagem de tecidos urbanos organizados, em torno do *forum*, de anfiteatros e de templos. Na sequência do grande incêndio de 64 d. C., foram aplicadas regras avançadas de planificação: pórticos, ruas largas, bairros e termas, com uma rede de esgotos. Nas províncias, foram aproveitadas cidades anteriores à romanização (os *oppida*), primeiro fortificadas. O Direito romano documenta regras urbanísticas e regras de construção²⁰. A segurança era importante, acompanhada por preocupações estéticas. Funcionavam regras sobre a largura das ruas e a altura máxima das construções.

¹⁸ A literatura relativa a este ponto é muito vasta; vide, p. ex., Alan H. Simmons, *The Neolithic Revolution in the Near East/Transforming the Human Landscape* (2007), XVIII + 340 pp., com rec. de Geoffrey A. Clark, no *American Anthropologist* 110 (2008), 143-144.

¹⁹ Samuel Bowles/Jung-Kyoo Choi, *The Neolithic Agricultural Revolution and the Origins of Private Property*, no *Journal of Political Economy*, 2018, 47 pp..

²⁰ Fernando Alves Correia, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade* (1989), 708 pp., 96 ss., com indicações; Jean-Bernard Auby/Hugues Périnet-Marquet/Razen Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 12.^a ed. (2020), 1288 pp., n.º 6 ss. (20 ss.).

IV. A Alta Idade Média é apontada como um período de decadência das grandes cidades romanas. A queda do Império do Ocidente implicou o termo das grandes linhas de abastecimento de água e de cereais. Roma era alimentada, em grande parte, pelo trigo egípcio. As populações sobreviveram nos campos, em autossubsistência. A partir do século XIII, o processo conheceu alguma involução. Cidades mercantis, em Itália e na Flandres, eram viabilizadas pelo comércio crescente. Noutra dimensão, a organização dos Estados nacionais permitiu o florescimento de capitais, assentes no poder político. Regras variadas disciplinavam a construção ainda que com um retrocesso em relação à ordem romana²¹. Todavia, ao longo dos séculos XVII e XVIII, foram surgindo leis nacionais que promoveram o embelezamento de várias cidades²².

4. *A era das cidades*

I. A era das cidades firmou-se a partir do século XIX, assente na Revolução Industrial. Para tanto contribuíram: (1) o crescimento demográfico, resultante da baixa mortalidade infantil; (2) o incremento das comunicações, permitindo a importação de alimentos; (3) a atração das indústrias e dos serviços junto das massas camponesas. As cidades já existentes assumiram proporções antes inviáveis, enquanto exigências portuárias e industriais ocasionavam novos e dinâmicos centros urbanos.

II. O Direito dos países em vias de industrialização foi acompanhando a evolução. As necessidades de planificação contracenavam com os postulados inerentes à propriedade e aos poderes do dono. O ALR prussiano (1794) dispunha, na I Parte, VIII título²³:

²¹ Os autores sublinham a desordem urbanística reinante na Idade Média. Contudo, a presença de regras de urbanização nas diversas cidades parece ter sido uma constante. *Vide*, quanto à Inglaterra, Richard Holt/Gervase Rosser (org.), *The Medieval Town* (1990), VIII + 291 pp., com escritos de doze autores.

²² Quanto à experiência francesa, Auby/Périnet-Marquet/Noguellou, *Droit de l'urbanisme* cit., 12.^a ed., n.º 7 (20-21); no que toca à inglesa, Peter Borsay (org.), *The Eighteenth-Century Town (1688-1820)* (1990), VIII + 383 pp., com escritos de dez autores.

²³ A. J. Mannkopf, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* I (1837), 251. Legislação complementar veio a estabelecer regras de edificação tendo em vista, designadamente, o risco de incêndio; *vide* Arthur Born, *Das preussische Baupolizeirecht/Kommentar* (1902, reimp., 2019), 497 pp., com especial relevo para o § 2, sobre o princípio da liberdade de construir (17-20); Cral Saß, *Preußisches Baupolizeirecht* (1909), 402 pp..

§ 65 Todo o proprietário tem todo o poder de ocupar o seu fundo e solo com construções ou de modificar a sua construção.

§ 66 Todavia, não podem ser empreendidas quaisquer construções ou modificações com perigo ou com insegurança para o bem comum ou com desfiguração de cidades ou de praças públicas.

Legislação complementar vinha estabelecer regras de edificação, tendo em vista a segurança contra incêndios, o alinhamento e a uniformidade urbana. Na origem, essas regras remontavam a dispositivos municipais, ditos de “polícia da construção” (*Baupolizei*), surgindo, depois, em “fontes menores”.

O Estado Liberal veio dar azo ao Direito administrativo, com uma cuidada repartição de poderes e o estabelecimento de leis relativas à construção, acompanhadas de vias de recurso quanto à sua aplicação.

Cumpre sublinhar que o Direito administrativo surgiu com fitos de organização e de legitimação. Mas ele teve, antes de tudo, outro e fundamental papel: o de proteger os particulares contra os poderes do Estado. Não podemos subentender o Direito público como uma área normativa destinada a amputar as esferas dos cidadãos. Em jogo estão as garantias das pessoas, perante as exigências técnicas da civilização industrial.

5. O Direito do urbanismo

I. Ao longo do século XX e no presente século XXI, a evolução das cidades prosseguiu. A industrialização, os serviços, a alocação de tarefas e de empregos, os lazeres e a disponibilização de meios apenas possível em face de um número elevado de consumidores jogaram no sentido de uma crescente urbanização. A nível mundial, por volta de 2005, a população urbana ultrapassou a rural. Em 2050, 56% da Humanidade viverá em cidades. Neste momento, 59 países têm mais de 80% de população urbana. Na frente, para além de pequenos Estados totalmente urbanos, temos a Bélgica (98%), o Japão (93%), a Argentina (92%) e os Países Baixos (90% de população urbana). Em 2017, 30 cidades abrigavam mais de 10 milhões de habitantes²⁴. Os números são eloquentes: implicam

²⁴ As dez primeiras, em milhões de habitantes: Tóquio (38,4), Nova Delhi (26,454), Xangai (24,484), Bombaim (21,357), São Paulo (21,297), Pequim (21,240), Cidade do México (21,157), Osaka (20,337), Cairo (19,128) e Nova Iorque (18,604). A maior cidade europeia é Istambul (15.º lugar, com 14,365), seguida de Paris (25.º lugar, com 10,925) e de Londres (29.º lugar, com 10,434).

regras de todo o tipo, relativas a construções, a espaços utilitários e de lazer, ao saneamento, à segurança, à saúde e à educação.

II, Para além da urbanização crescente, especialmente após a II Guerra Mundial²⁵, quiçá contrariada, nos países do Ocidente, por algum regresso ao campo, jogam, hoje, problemas ambientais e exigências crescentes de desenvolvimento e bem-estar. Disciplinas jurídicas inteiras tendem a autonomizar-se. As preocupações reinantes levam a que o Direito se ocupe, também, das edificações fora da cidade. As sociedades pós-industriais, assim entendidas, constituem a base do Direito do urbanismo. Vamos partir da propriedade urbana.

III. Em sentido técnico, a propriedade urbana recaía sobre prédios urbanos, isto é, nos termos do artigo 204.º/2 do Código Civil, sobre os edifícios incorporados no solo, com os terrenos que lhes sirvam de logradouro²⁶. Todavia, verifica-se que qualquer terreno, isto é, qualquer parcela delimitada da crosta terrestre pode, teoricamente, ser edificado. Nessa base, aplicar-se-lhe-á um regime especializado, que tem a ver com o fenómeno “urbanismo”.

IV. Uma evolução milenária levou a que o Direito delimitasse a faculdade de construir ou *ius aedificandi*. O conjunto de normas e princípios que regem as edificações, quando sistematizado, constitui o Direito do urbanismo. Os estudiosos dão, do Direito do urbanismo, uma noção mais ampla: o conjunto das “normas e instituições respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo”²⁷. Por esta via, o Direito do urbanismo envolveria o Direito do ambiente e o próprio Direito agrário²⁸.

²⁵ Vide, p. ex., Pierre Langa, *la révolution urbaine/L’urbanisme au service de l’économie* (no interior: *L’architecture au secours de l’économie politique*) (1946), 195 pp..

²⁶ Vide o nosso *Tratado de Direito civil*, III, 4.ª ed. (2018), 179 ss..

²⁷ Fernando Alves Correia/José Alves Correia, *Regime jurídico dos programas e dos planos territoriais* (2021), 494 pp., 30-31; esses Autores esclarecem a noção de Direito do urbanismo acrescentando tratar-se do (...) *complexo das intervenções e das formas de utilização deste bem, independentemente da sua natureza e da sua finalidade, seja para fins de urbanização e de edificação, seja para fins agrícolas, florestais, de valorização e proteção da natureza, de recuperação de centros históricos, etc.: idem*, 31; o itálico é do original. Noções de Direito do urbanismo podem ser confrontadas em Fernando Alves Correia, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade* (1989), 708 pp., 49 ss.; na mesma linha, Raquel Carvalho, *Introdução ao Direito do urbanismo*, 3.ª ed. (2021), 269 pp, 25; referimos, ainda: Maria da Glória Garcia, *Direito do urbanismo/Relatório* (1999), 117 pp., 32 ss.; Diogo Freitas do Amaral, *Direito do urbanismo/Sumários* (1992, polic.), 111 pp., 26.

²⁸ Em Fernando dos Reis Condesso/Ricardo Alexandre Azevedo Condesso, *Direito do urbanismo e do ambiente*, 2.ª ed. (2022), 1005 pp., pode confrontar-se uma exposição ampla do Direito do urbanismo.

6. A interdisciplinariedade

I. Uma chave para o Direito do urbanismo reside na ideia de interdisciplinariedade. À partida, os diversos ramos do Direito estão interligados. A uma situação concreta aplicam-se, em regra, diversas disciplinas jurídicas. Estando em causa prédios urbanos ou, mais latamente, a propriedade edificada ou a edificar, funciona, desde logo, o Direito privado das coisas. Mas deve recorrer-se, ainda, ao Direito das obrigações e, eventualmente, aos Direitos da família e das sucessões, sem esquecer a parte geral. Funcionam, ainda, o Direito processual, o Direito dos registos e do notariado, o Direito fiscal, o Direito do ambiente e diversos ramos do Direito público. Apenas um fenómeno de análise, ditado pelas naturais limitações humanas, leva a discernir disciplinas distintas. Feita esta precisão, o alargamento do Direito do urbanismo, sempre de aplaudir quando contribua para um aprofundamento jurídico-científico, não pode obnubilar o essencial: o regime da propriedade urbana.

II. A dúvida quanto à natureza do *ius aedificandi* surge, em parte, como um tributo devido pela especialização dos juristas. O publicista considera o fenómeno da construção como um acervo de normas e de princípios de Direito administrativo. O privatista progride a partir das regras milenárias civis. Apenas um diálogo harmónico entre todos permitirá decisões justas.

III. O Direito do urbanismo centra-se no Direito da edificação ou construção (*ius aedificandi*): aquilo a que a Ciência alemã chama *Baurecht*. E aí, a distinção básica opera entre o Direito privado²⁹ e o Direito público³⁰. A distinção afigura-se clara: no Direito do urbanismo privado dominam a liberdade e a igualdade; no público, surge o Estado (*lato sensu*) com poderes de autoridade, que só devem ser usados quando a lei o permita e nos termos em que o faça. Embora ambos os “Direitos” estejam entrelaçados, a teia hoje implicada pelas normas que regem o *ius aedificandi* é tão densa que, no conjunto, o Direito do urbanismo tende a bascular para o Direito público. A manutenção dos níveis

²⁹ Como exemplos (neste momento) atuais: Mark von Wietersheim, *Privates Baurecht*, 4.ª ed. (2021), XVII + 286 pp.; Burkhard Messerschmidt/Wolfgang Voit, *Privates Baurecht/Kommentar zu §§ 613 ff BGB samt systematischen Darstellungen sowie Kurzkommentierung zu VOB/B, HOAI und BauFordSiG*, 4.ª ed. (2022), XXIV + 2375 pp., com 25 colaboradores.

³⁰ Também como exemplos (neste momento) atuais: Ulrich Battis, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht*, 7.ª ed. (2017), XVI + 241 pp.; Stefam Muckel/Markus Ogorek, *Öffentliches Baurecht*, 4.ª ed. (2020), XVIII + 304 pp.; Frank Stollmann/Guy Beaucamp, *Öffentliches Baurecht*, 12.ª ed. (2020), XXXI + 377 pp.; os manuais de Direito administrativo, na parte especial, comportam sempre rubricas desenvolvidas sobre *Baurecht*.

privatísticos é, todavia, importante para a defesa da igualdade e dos direitos das pessoas.

III – A experiência portuguesa

7. *Do municipalismo a Pombal*

I. Em Portugal, desde o século XVI, ficou sedimentada a ideia de que a matéria da construção e da segurança dos edifícios ficava a cargo da polícia municipal³¹. Para tanto, contribuíram: (1) a tradição do municipalismo medieval; (2) a relativamente fraca centralização do poder; (3) a própria escassez de normas públicas limitadoras da propriedade³². O terramoto de 1 de novembro de 1755, bem como o tsunami e o incêndio que se lhe seguiram destruíram boa parte da velha Lisboa medieval: ruíram ou arderam cerca de 10.000 edifícios, lamentando-se mais de 12.000 mortes.

II. Sebastião José de Carvalho e Melo (1699-1782), então Conde de Oeiras e, depois, Marquês de Pombal, promoveu a reconstrução, de acordo com planos de Manuel da Maia (1677-1768), de Eugénio dos Santos (1711-1760) e de Carlos Mardel (1695-1763). No plano jurídico, foi adotado o Alvará com força de lei de 12 de maio de 1758, com severas limitações à construção. Assim, cabe consignar, desse Alvará³³:

1. Nas ruas principais, que pelo novo alinhamento tiverem na sua largura cinquenta palmos, e dahi para cima, se não devem attender para a conservação do Dominio dos seus antigos Donos aquellas propriedades, que constar pelos Tombos, que não tem pelo menos vinte e seis palmos completos nas suas frentes. Antes pelo contrario, aquelles Terrenos, que tiverem menos da referida frente, serão adjudicados pelo seu justo valor a qualquer dos donos visinhos confrontantes (...)

³¹ Fernando Alves Correia, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade* cit., 123 ss.; *idem*, *Manual de Direito do urbanismo* cit., I, 2.ª ed., 180 ss..

³² *Vide*, no entanto, Helda Carita, *O Bairro Alto e a legislação urbana para Lisboa nos séculos XVI e XVII*, em UAL/Actas do Colóquio Lisboa Iluminista e o seu tempo (1997), 303 pp., 25-31.

³³ Tem muito interesse o plano da cidade de Lisboa, (...) para regular o alinhamento das Ruas, e reedificação das casas que se hão de erigir nos terrenos, que jazem entre a Rua Nova do Almada, a Padaria, e entre a extremidade Septentrional do Rocio até o Terreiro do Paço exclusivamente: Decreto de 12-jun.-1758, na *Collecção das Leys, Decretos e Alvarás de D. Jozé o I*, 1 (1790).

3. Em benefício da mesma formosura da Cidade, e da comodidade publica dos seus habitantes, prohibo, que em cada huma das Ruas novas della, se edifiquem cazas com altura mayor, ou menor, ou com symetria diversa daquella, que for estabelecida nos prospectos, que mando publicar para a regularidade dos mesmos edificios, e que não poderão nunca ser alterados, sem especial dispensa minha.

III. Eram tomadas medidas de defesa contra incêndios e adotadas técnicas de construção antissísmica³⁴. Torna-se curioso o entrelaçar de imposições públicas com regras de tipo privado³⁵. Boa parte das questões atuais sobre o urbanismo e o *ius aedificandi* poderiam ter sido suscitadas, à luz das leis de Pombal. Isso não ocorreu: era cedo, à luz do estado da Ciência do Direito, então reinante.

8. O liberalismo

I. No período liberal, com exceção das áreas de intervenção em Lisboa³⁶, manteve-se o princípio da liberdade de construção, temperado pela atribuição, às câmaras municipais, de competência no domínio das construções.

O Código Administrativo de 14-mar.-1842³⁷ conferia, à câmara municipal, a competência para fazer posturas e regulamentos relativos ao “projecto dos edificios dentro das povoações” (120.º, VII). Além disso, cabia-lhe deliberar (123.º)³⁸:

IV. Sobre os projectos de abertura e alinhamento de ruas e praças do Concelho;

V. Sobre quaesquer outros projectos de construções novas, reconstruções e demolições, por conta do Concelho; (...)

³⁴ Quanto à reconstrução de Lisboa, é clássica a monografia de José-Augusto França, *Une ville des lumières: la Lisbonne de Pombal* (1965), 259 pp., rec.: Albert Silbert, *Revue Historique* 236 (1966), 497-499; C. R. Boxer, *The American Historical Review* 71 (1966), 590-591; Daniel Ligou, *Revue d'Histoire Économique et Sociale* 44 (1966), 268; de José-Augusto França *vide*, ainda, *Lisboa pombalina e a estética do iluminismo*, em UAL/Actas do Colóquio Lisboa Iluminista e o seu tempo (1997), 303 pp., 11-22.

³⁵ *Vide* o panorama constante de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, *A legislação pombalina*, no BFD Supl. XXXIII (1990), 1-314, 247-251, nota 359, com indicações.

³⁶ A que poderíamos acrescentar outras intervenções pombalinas, como Vila Real de Santo António cuja traça setecentista, mau grado alguns crimes urbanísticos, ainda pode ser apreciada; *vide* Margarida Calado, *Urbanismo e poder no Portugal do século XVIII* em UAL/Actas cit., 171-184 (176-178).

³⁷ COLP 1842, 108-149.

³⁸ COLP 1842, 118-119.

II. Seguiu-se o importante Decreto de 31 de dezembro de 1864³⁹, conhecido por ter colocado uma série de bens de uso comum no domínio público, com relevo para as praias. Esse diploma comportava um título III: *Disposições relativas às ruas e edificações no interior das cidades, villas e povoações* (34.º a 62.º). Salientamos, quanto a Lisboa⁴⁰:

Art. 34.º O governo mandará imediatamente proceder a um plano geral dos melhoramentos da capital, attendendo n'ella ao das ruas, praças, jardins e edificações existentes, e à construção e abertura de novas ruas, praças, jardins e edificações, com as condições de hygiene, decoração, commodo alojamento e livre transito do publico.

Nas restantes cidades, vilas e povoações, os proprietários que pretendessem edificar ou reedificar ficavam obrigados a pedir, na câmara municipal respetiva, o alinhamento e a cota de nível (54.º).

III. Notam os estudiosos que, no século XIX, não houve, entre nós, legislação urbana geral relativa a aspetos sanitários, causados pela industrialização, ao contrário do sucedido noutros países. Essa lacuna é explicável pelo atraso na industrialização. Além disso, foi em parte colmatada por medidas municipais diversas. Mau grado essas insuficiências, foi-se radicando, na cultura das instituições e na do cidadão-comum, que não se pode construir de qualquer maneira. Em especial no tecido urbano, há regras de normalização e de coerência a respeitar.

9. O *intervencionismo*

I. O século XX foi marcado, logo no início, pelo *Regulamento de salubridade das edificações urbanas/Condições hygienicas a adoptar na construção dos predios*, aprovado por Decreto de 14 de fevereiro de 1903 (Hintze Ribeiro)⁴¹. Esse Regulamento fixava regras sobre as alturas dos prédios e, sendo o caso, dos andares, sobre as dimensões dos quartos de dormir, sobre infiltrações e sobre diversos outros aspetos. Como disposições gerais:

³⁹ COLP 1864,1041-1049.

⁴⁰ COLP 1864, 1046.

⁴¹ COLP 1903, 66-70.

- (1) nas cidades de Lisboa e do Porto, toda e qualquer edificação, reconstrução ou modificação, ainda que dentro de uma propriedade particular, carecia de prévia licença das câmaras respectivas, precedendo parecer do conselho dos melhoramentos (56.º/I);
- (2) o pedido de licença devia ser acompanhado da planta, alçados, cortes e esclarecimentos precisos (56.º/II);
- (3) nenhuma casa construída de novo ou reconstruída poderia ser habitada sem licença da câmara municipal (57.º).

II. Seguiram-se numerosos outros diplomas, com relevo urbanístico⁴². Assim:

- Decreto-Lei n.º 24:802, de 21 de dezembro de 1934, que obriga as câmaras municipais a promover “planos gerais de urbanização”⁴³;
- Decreto-Lei n.º 33:921, de 5 de setembro de 1944, relativo a “planos de expansão” e a “planos parciais de urbanização”⁴⁴;
- Decreto-Lei n.º 35:931, de 4 de novembro de 1946, quanto a “anteplanos de urbanização”, aprovados pelo Ministro das Obras Públicas⁴⁵;
- Decreto-Lei n.º 37:251, de 28 de dezembro de 1948, que adotou o Plano de Urbanização da Costa do Sol⁴⁶.

A produção prosseguiu nos anos subsequentes⁴⁷.

III. Boa parte do denominado Direito do urbanismo, que comporta a realidade jurídica da propriedade imobiliária, advém de regras de Direito público. Dão poderes de autoridade ao Estado *lato sensu*, com tónica nos municípios, colocando os particulares em situações técnicas de sujeição. Como contrapar-

⁴² Indicações: Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo* cit., I, 2.ª ed., 185-189; vide: Fernando Gonçalves, *Evolução histórica do Direito do urbanismo em Portugal (1851-1988)* em INA/ /*Direito do Urbanismo* (1989), 225-268; José Osvaldo Gomes, *Manual dos loteamentos urbanos* (1983), 631 pp., 35 ss.; Teresa Rodrigues/Mário Luís Rocha Pinto, *A evolução urbana em Portugal no último século (1890-1991)*, em *População e Sociedade* 3 (1997), 7-22; a população urbana em Portugal passou, de 50%, em 1985, para 66,3%, em 2015; em 2050, será de 80%.

⁴³ DG I, n.º 299, de 21-dez.-1934, 2137-2140.

⁴⁴ DG I, n.º 197, de 5-set.-1944, 883-886.

⁴⁵ DG I, n.º 250, de 4-nov.-1946, 1045.

⁴⁶ DG I, n.º 300, de 28-dez.-1948, 1715-1716.

⁴⁷ Vide, como exemplo: Miguel Veiga de Faria, *Elementos de Direito urbanístico*, I – *A actuação das câmaras municipais* (1977), 167 pp.; José Miguel Sardinha, *Direito do urbanismo e legislação complementar (Colectânea de legislação)* (1993), 1397 pp..

tida, os particulares dispõem das garantias hoje conferidas aos administrados, garantias essas que, todavia, soçobram nos poços sem fundo dos tribunais administrativos. A matéria pode ser testada numa breve nota comparatística, relativa às experiências alemã e francesa⁴⁸.

10. *Regras públicas; nota comparatística*

I. No Direito alemão, a competência relativa a regras sobre a construção pertence aos *Länder*⁴⁹: trata-se da solução que decorre do artigo 70.º da Lei Fundamental⁵⁰. Isso não exclui o *Raumordnungsgesetz* (ROG), de 22 de dezembro de 2008, alterado pela novela de 23 de maio de 2017: a Lei da ordenação do território para a União, os *Länder* e as regiões⁵¹. Os planos relativos à urbanização são escalonados, até às comunas⁵². A matéria ganha alguma dificuldade, sendo todavia possível indicar grandes linhas: o Direito da planificação de construção⁵³, o Direito da construção⁵⁴ e o Direito (público) de vizinhança⁵⁵.

II. Em França, distingue-se a planificação e a regulamentação da ocupação do espaço, com normas nacionais, intermédias e locais⁵⁶, regras sobre *aménagement urbain*⁵⁷ e as autorizações para a ocupação dos solos⁵⁸. Um espaço especial

⁴⁸ Aubry/Périnet-Marquet/Noguellou, *Droit de l'urbanisme* cit., 12.ª ed., n.º 255 ss. (209 ss.), para uma referência a outros ordenamentos. Entre nós, temos, no plano do Direito comparado do urbanismo, os escritos de: José Osvaldo Gomes, *Manual dos loteamentos urbanos* cit., 2.ª ed., 50 ss.; Martin Bassols Coma, *História do Direito do urbanismo na Europa*, INA/*Direito do urbanismo* (1989), 109-142; Georges Liet-Veaux, *O Direito do urbanismo em França*, *idem*, 143-159; Giancarlo Mengoli, *O Direito do urbanismo em Itália*, *idem*, 161-186; Tomás Ramón Fernández, *O Direito do urbanismo em Espanha*, *idem*, 187-210; J. F. Garnu, *O Direito do urbanismo em Inglaterra*, *idem*, 211-222.

⁴⁹ Mückel/Ogorek, *Öffentliches Baurecht* cit., 4.ª ed., Nr. 3-4 (10).

⁵⁰ Rüdiger Sannwald, em Schmidt-Bleibtreu e outros, *Grundgesetz Kommentar*, 14.ª ed. (2018), Art. 70, Nr. 24 (1897-1898), com um papel da jurisprudência nesse sentido.

⁵¹ Ulrich Battis, *Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht* cit., Nr. 78 (25).

⁵² Stollmann/Beaucamp, *Öffentliches Baurecht* cit., 12.ª ed., Nr. 15-17 (16).

⁵³ Mückel/Ogorek, *Öffentliches Baurecht* cit., 4.ª ed., 19 ss..

⁵⁴ *Idem*, 185 ss..

⁵⁵ *Idem*, 226 ss..

⁵⁶ Henri Jacquot/François Priet/Soazic Marie, *Droit de l'urbanisme*, 8.ª ed. (2019), 1364 pp., 151 ss..

⁵⁷ Temos dificuldade em traduzir essa expressão; “implementação” ou “execução urbana” seriam possibilidades. O artigo L-300-1 do Código do Urbanismo, abaixo referido, define:

As ações ou operações de *aménagement* têm como objetivo desencadear um projeto urbano, uma política local do *habitat*, organizar a manutenção, a extensão ou o acolhimento das atividades económicas, favorecer o desenvolvimento dos lares e do turismo, realizar equipamentos coletivos, lutar contra a insalubridade e o

é deixado ao contencioso urbanístico⁵⁹. No plano legislativo, o Decreto n.º 54-766, de 26 de julho de 1954, adotou um Código do Urbanismo e da Habitação. Seguiu-se, em 8 de novembro de 1973, um Código do Urbanismo⁶⁰, com uma parte legislativa e uma parte regulamentar. Um decreto de 3 de janeiro de 1977 acrescentou uma terceira parte, que codifica regulamentos. Seguiram-se variadas reformas, com relevo para a resultante da Ordenança n.º 2015-1174, de 23 de setembro de 2015⁶¹. A doutrina considera o Direito do urbanismo “doente de uma complexidade demasiado evidente que requer longos comentários”⁶². Com efeito, a versão atual do *Code de l’urbanisme* soma, com numerações distintas, mais de 2000 artigos, misturando regras regulamentares com regras de fundo⁶³. Em França, como entre nós, a matéria deve ser entregue a especialistas. Note-se, de resto, que a complexidade do Direito do urbanismo é afirmada, também, em Itália⁶⁴. Sublinhamos, por fim, que o chamado “Direito público europeu” denota uma grande variedade de orientações, enquanto o Direito do urbanismo merece escassas referências⁶⁵.

IV – Direito público do urbanismo

11. *Alguns problemas*

I. Entre nós e no domínio das regras públicas vigentes, assume relevo o Regulamento Geral das Edificações Urbanas (RGEU), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38:382, de 7 de agosto de 1951⁶⁶ e que veio substituir o Decreto de 14 de fevereiro de 1903. Esse diploma fazia depender a generalidade das obras

habitat indigno ou perigoso, permitir a renovação urbana e salvaguardar ou de valorizar o património construído e os espaços naturais.

Os próprios autores franceses consideram essa noção “complexa e incerta”: Jacquot/Priet/Marie, *Droit de l’urbanisme* cit., 8.ª ed., n.º 514 (707).

⁵⁸ *Idem*, 985 ss..

⁵⁹ *Idem*, 1157 ss..

⁶⁰ Decreto n.º 73-1022, de 8-nov.-1973.

⁶¹ Um apanhado das reformas pode ser confrontado em Jacquot/Priet/Marie, *Droit de l’urbanisme* cit., 8.ª ed., n.º 25 (24-28).

⁶² Auby/Périnet-Marquet/Noguellon, *Droit de l’urbanisme* cit., 12.ª ed., n.º 33 (36).

⁶³ *Vide*, da Dalloz, Marie-Christine Mehll-Schonder, Jacques-Henri Driard, Remi Grand, Patrice Ibanez e Jean-Luc Pissaloux, *Code de l’urbanisme/Annoté et Commenté*, 30.ª ed. (2021), XXXIX + 3446 pp..

⁶⁴ P. ex., Paolo Urbani, *Urbanistica (diritto amministrativo)*, ED XLV (1992), 868-883 (868/II).

⁶⁵ *Vide* Armin von Bogdandy e outros, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, III – *Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen* (2010), X + 636 pp..

⁶⁶ DG I, n.º 166, de 7-ago.-1951, 715-729.

relativas a prédios de prévia licença das câmaras municipais (2.º); estas não poderiam conceder licenças sem previamente verificar se as obras pretendidas não colidem com o plano de urbanização geral ou parcial aprovado para o sector ou (...) *em todo o caso, não prejudicam a estética urbana* (3.º). Prevê, ainda, a sujeição de qualquer edificação nova, reconstruída, ampliada ou alterada a licença municipal prévia (8.º). Eram impostas circunstanciadas condições gerais de edificação (15.º a 44.º), regras quanto a comunicações verticais (escadas e elevadores) (45.º a 52.º), as condições gerais relativas à salubridade dos terrenos, de interiores e de instalações sanitárias e esgotos, água potável, evacuação de fumos e gases e alojamento de animais (53.º a 119.º). A estética das edificações era assegurada (121.º a 127.º). A segurança das edificações, envolvendo a sua solidez, a segurança pública e a dos operários no decurso das obras e a segurança contra incêndios (128.º a 159.º) eram visadas.

O RGEU conheceu 19 alterações, a última das quais pelo Decreto-Lei n.º 220/2008, de 12 de novembro, que adotou o Regime Jurídico da Segurança Contra Incêndios em Edifícios, por agora alterado pelo Decreto-Lei n.º 9/2021, de 29 de janeiro.

II. O presente escrito não pretende dar uma panorâmica envolvente das regras aplicáveis aos prédios, no domínio de edificação e urbanismo *lato sensu*⁶⁷. Deixamos, apenas, uma ideia das tendências evolutivas gerais⁶⁸. O urbanismo debate-se, nas últimas décadas, com seis problemas:

- (1) a construção clandestina;
- (2) as complexidades e morosidades dos processos burocráticos;
- (3) a multiplicação de instrumentos urbanísticos e das entidades com competência para intervir nesse domínio;
- (4) a volubilidade das vereações municipais que, ao sabor das eleições e dos interesses locais, ora permitem em demasia, ora vedam obras óbvias, por vezes com quebra da igualdade;
- (5) a insensibilidade a critérios estéticos, culturais e ambientais;

⁶⁷ A multiplicação de diplomas e as permanentes alterações a que eles são sujeitos tem inviabilizado a recolha atualizada das Leis do Urbanismo. Neste ponto – e quicá de modo reforçado – retoma-se a recomendação que fazemos desde sempre: a de um especial cuidado na determinação das normas concretamente em vigor e aplicáveis. Para uma exposição: Raquel Carvalho, *Introdução ao Direito do urbanismo*, 3.ª ed. (2021), já citada. Quanto a uma recolha de diplomas: Fernando Alves Correia, *Direito do ordenamento do território e do urbanismo*, 12.ª ed. (2020), 477 pp., abrangendo algumas fontes que consideramos “Direito agrário”.

⁶⁸ Como curiosidade: Rolf Kniffka, *Die Zukunft des Baurechts*, FS 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut (2003), XIX + 581 pp., 131-146.

- (6) a possibilidade de, tirando partido dos pontos (3), (4) e (5), contornar as regras mais evidentes, cometendo crimes urbanísticos e ambientais.

III. A construção clandestina desenvolve-se em áreas degradadas, através de barracas e outras construções precárias: os chamados bairros de lata. Mas também dá azo a edifícios com vários andares, disseminados em arruamentos, à margem de autorização e do planeamento aplicáveis. No primeiro caso, há que enquadrar o problema social subjacente; no segundo, que procurar regularizar a situação. E, sobretudo: que impedir qualquer construção clandestina, logo no início.

IV. As complexidades e morosidades dos processos burocráticos assumem, por vezes, dimensões demenciais. Sucedem-se as medidas simplificadoras. O Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação (RJUE) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, com vinte alterações e três republicações⁶⁹, assentou, entre outros aspetos, no diagnóstico seguinte, exarado no seu preâmbulo⁷⁰:

Neste domínio, a Administração move-se num tempo que não tem correspondência na vida real, impondo um sacrifício desproporcional aos direitos e interesses dos particulares.

Mas prossegue⁷¹:

(...) uma nova lei só é justificável se representar um esforço sério de simplificação do sistema sem, contudo, pôr em causa um nível adequado de controlo público (...).

O desejo legislativo não terá sortido efeito: o Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, reportando as múltiplas alterações sofridas pelo RJUE, explica que⁷²:

(...) o presente decreto-lei vem reforçar o esforço de simplificação e de aproximação ao cidadão e às empresas, introduzindo alterações, em particular, em alguns aspetos do procedimento de controlo prévio das operações urbanísticas.

⁶⁹ Determinadas pela Lei n.º 60/2007, de 4 de setembro e pelos Decretos-Leis n.º 26/2010, de 30 de março e n.º 136/2014, de 9 de setembro.

⁷⁰ DR I-A, n.º 291, de 16-dez.-1999, 8912/II.

⁷¹ *Idem*, 8912/II-8913/I.

⁷² DR 1.ª série, n.º 173, de 9-set.-2014, 4809/II.

V. A multiplicação de instrumentos urbanísticos anda a par com o número elevado de entidades competentes. Certas reconstruções óbvias, para além das licenças municipais, implicam pareceres vinculativos do IGESPAR, IP (antigo IPPAR) ou Instituto de Gestão do Património Arquitectónico e Arqueológico, do Ministério da Agricultura, do Parque Natural da área, da APA (Agência Portuguesa do Ambiente) e, ainda, de outras entidades. Uma licença depende da habilitação dos interessados de se movimentarem nos serviços competentes e respetivas secretarias. Mesmo pondo de parte situações de corrupção que, potencialmente, variam na razão direta da opacidade dos processos, são óbvias as oscilações a que tudo isso pode dar azo.

12. *Segue; descoordenações e “poder local”*

I. As flutuações no chamado poder local dão azo a descoordenações de todo o tipo. Nesse ponto, cabe referir as Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e do Urbanismo, adotada pela Lei n.º 31/2014, de 20 de maio⁷³. Esse diploma⁷⁴ fixa os fins da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, nos termos seguintes (2.º):

- a) Valorizar as potencialidades do solo, salvaguardando a sua qualidade e a realização das suas funções ambientais, económicas, sociais e culturais, enquanto suporte físico e de enquadramento cultural para as pessoas e suas atividades, fonte de matérias-primas e de produção de biomassa, reservatório de carbono e reserva de biodiversidade;
- b) Garantir o desenvolvimento sustentável, a competitividade económica territorial, a criação de emprego e a organização eficiente do mercado fundiário, tendo em vista evitar a especulação imobiliária e as práticas lesivas do interesse geral;
- c) Reforçar a coesão nacional, organizando o território de modo a conter a expansão urbana e a edificação dispersa, corrigindo as assimetrias regionais, nomeadamente dos territórios de baixa densidade, assegurando a igualdade de oportunidades dos cidadãos no acesso às infraestruturas, equipamentos, serviços e funções urbanas, em especial aos equipamentos e serviços que promovam o apoio à família, à terceira idade e à inclusão social;

⁷³ Alterada (até hoje), pela Lei n.º 74/2017, de 16 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 3/2021, de 3 de janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 52/2021, de 15 de junho.

⁷⁴ Vide Fernanda Paula Oliveira, *Direito do urbanismo/Do planeamento à gestão*, 4.ª ed. (2021), 509 pp., 37 ss.,

- d) Aumentar a resiliência do território aos efeitos decorrentes de fenómenos climáticos extremos, combater os efeitos da erosão, minimizar a emissão de gases com efeito de estufa e aumentar a eficiência energética e carbónica;
- e) Evitar a contaminação do solo, eliminando ou minorando os efeitos de substâncias poluentes, a fim de garantir a salvaguarda da saúde humana e do ambiente;
- f) Salvaguardar e valorizar a identidade do território nacional, promovendo a integração das suas diversidades e da qualidade de vida das populações;
- g) Racionalizar, reabilitar e modernizar os centros urbanos, os aglomerados rurais e a coerência dos sistemas em que se inserem;
- h) Promover a defesa, a fruição e a valorização do património natural, cultural e paisagístico;
- i) Assegurar o aproveitamento racional e eficiente do solo, enquanto recurso natural escasso e valorizar a biodiversidade;
- j) Prevenir riscos coletivos e reduzir os seus efeitos nas pessoas e bens;
- k) Salvaguardar e valorizar a orla costeira, as margens dos rios e as albufeiras;
- l) Dinamizar as potencialidades das áreas agrícolas, florestais e silvo-pastoris;
- m) Regenerar o território, promovendo a requalificação de áreas degradadas e a reconversão de áreas urbanas de génese ilegal;
- n) Promover a acessibilidade de pessoas com mobilidade condicionada aos edifícios, equipamentos e espaços verdes ou outros espaços de utilização coletiva.

II. O mesmo diploma alinha, de seguida, os princípios gerais relativos às “... políticas públicas e a atuações administrativas em matéria de solos, de ordenamento do território e de urbanismo” (3.º/1)⁷⁵:

- a) Solidariedade intra e intergeracional, assegurando às gerações presentes e futuras qualidade de vida e um equilibrado desenvolvimento socioeconómico;
- b) Responsabilidade, garantindo a prévia avaliação das intervenções com impacto relevante no território e estabelecendo o dever de reposição ou de compensação de danos que ponham em causa o património natural, cultural e paisagístico;
- c) Economia e eficiência, assegurando a utilização racional e eficiente dos recursos naturais e culturais, bem como a sustentabilidade ambiental e financeira das opções adotadas pelos programas e planos territoriais;
- d) Coordenação e compatibilização das diversas políticas públicas com incidência territorial com as políticas de desenvolvimento económico e social, assegurando uma adequada ponderação dos interesses públicos e privados em presença;

⁷⁵ Quanto aos instrumentos jurídicos de execução dos planos, Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do urbanismo*, IV (2010), 359 pp., 21 ss..

- e) Subsidiariedade, simplificando e coordenando os procedimentos dos diversos níveis da Administração Pública, com vista a aproximar o nível decisório ao cidadão;
- f) Equidade, assegurando a justa repartição dos benefícios e dos encargos decorrentes da aplicação dos programas e planos territoriais e dos instrumentos de política de solos;
- g) Participação dos cidadãos, reforçando o acesso à informação e à intervenção nos procedimentos de elaboração, execução, avaliação e revisão dos programas e planos territoriais;
- h) Concertação e contratualização entre interesses públicos e privados, incentivando modelos de atuação baseados na vinculação recíproca entre a iniciativa pública e a privada na concretização dos programas e planos territoriais;
- i) Segurança jurídica e proteção da confiança, garantindo a estabilidade dos regimes legais e o respeito pelos direitos preexistentes e juridicamente consolidados.

Toda esta principiologia, com encosto dos artigos 65.º (habitação e urbanismo) e 66.º (ambiente e qualidade de vida) da Constituição de 1976, é relevante, para efeitos de interpretação e para instilar uma certa ética num sector onde os interesses económicos do lucro fácil e imediato dominam. Resta subordinar as múltiplas operações urbanísticas aos referidos princípios.

III. A multiplicação de instrumentos urbanísticos e a insensibilidade a critérios estéticos, culturais e ambientais foi tendencial e objetivamente enfrentada através do Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, que aprovou o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial⁷⁶. Distingue entre programas (nacional, sectoriais e especiais), vinculativos para as entidades públicas e os planos (intermunicipais e municipais), vinculativos, também, para os particulares (3.º/2). De âmbito municipal são o plano diretor municipal, os planos de urbanização e os planos de pormenor (2.º/5). Tais planos são decisivos para se saber quem pode construir, o quê e onde. O diploma confere aos particulares o direito à informação (5.º) e o dever de participação (6.º), no tocante a programas e a planos. O diploma prossegue, em 206 artigos, por vezes minuciosos⁷⁷. Tudo isso para, nas palavras do seu preâmbulo, inverter⁷⁸:

⁷⁶ Fernanda Paula Oliveira, *Direito do urbanismo* cit., 4.ª ed., 52 ss.; Cristina Guimarães, *Os planos territoriais: que desafios?*, em Atas do I Congresso de Direito do urbanismo, coord. Fernanda Paula Oliveira (2019), 338 pp., 49-62. Quanto aos diversos planos territoriais, vide João Miranda, *Estudos de Direito do ordenamento do território e do urbanismo* (2016), 219 pp., 39 ss..

⁷⁷ Foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 81/2020, de 2 de outubro e pelo Decreto-Lei n.º 25/2021, de 29 de março.

⁷⁸ DR 1.ª série, n.º 93, de 14-mai-2015, 2470/I.

(...) a tendência, predominante nas últimas décadas, de transformação excessiva e arbitrária do solo rural em solo urbano. Com efeito, pretende-se contrariar a especulação urbanística, o crescimento excessivo dos perímetros urbanos e o aumento incontroado dos preços do imobiliário, designadamente através da alteração do estatuto jurídico do solo.

IV. Os esforços do legislador comportam latos níveis linguísticos: quer por desenvolverem princípios programáticos que não têm em conta as realidades locais, quer por apresentarem, como novas, ideias já patentes no Alvará de 1758, através de remodelações vocabulares. Para além disso, o dispositivo vigente no domínio do Direito público do urbanismo e o modo por que ele é aplicado merece um forte juízo de censura⁷⁹. Não se entende a destruição dos prédios das avenidas de Lisboa, como a Fontes Pereira de Melo e a da República, substituídos por prédios deslocados, desiguais e sem critério. O sucedido com a Praça Duque de Saldanha nunca teria lugar em qualquer capital europeia. A destruição de típicas aldeias no litoral algarvio, a favor de construções anárquicas e do pior estilo, é crime contra a cultura e o bom gosto. As facilidades dadas a estrangeiros, em contraste com a severidade demonstrada para com os nacionais, põe à luz os abismos do funcionalismo público local. O interior do País, Norte e Centro, foi desfigurado, nas últimas décadas, com moradias que nada têm a ver com a traça local. Restrições que não são cumpridas, mas que demoram os processos de licenciamento, fazem subir os preços no mercado, ao invés do apregoado no preâmbulo do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial. Muitas vezes o que subsiste ainda foi o resultante dos diplomas “liberais” do século XIX e da primeira metade do século XX.

13. *Descontinuidade e insuficiências; o exemplo da REN*

I. Uma leitura atenta e desapaixonada dos diplomas nacionais de Direito público relativos ao *ius aedificandi* mostra o que se afigura como uma quebra de continuidade entre as principiologias, encostadas à Constituição e com as quais todos concordam e os níveis regulamentares, pejados de poderes discricionários e que colocam, essencialmente, no âmbito dos municípios, o essencial do direito de construir. Vamos ilustrar este problema à luz da REN.

⁷⁹ Nesse sentido, *vide* páginas importantes de Fernando dos Reis Condesso/Ricardo Alexandre Azevedo Condesso, *Direito do urbanismo e do ambiente* cit., 2.ª ed., 83 ss. e *passim*.

II. A Reserva Ecológica Nacional ou REN foi criada pelo Decreto-Lei n.º 321/83, de 5 de julho⁸⁰. Segundo o seu artigo 1.º:

É instituída a Reserva Ecológica Nacional, que integra todas as áreas indispensáveis à estabilidade ecológica do meio e à utilização racional dos recursos naturais, tendo em vista o correcto ordenamento do território.

A REN tinha a seguinte composição (2.º)⁸¹

1. Ecossistemas costeiros, designadamente:

- a) Praias;
- b) Primeira e segunda dunas fronteiras ao mar;
- c) Arribas, incluindo uma faixa até 200 m para o interior do território a partir do respectivo rebordo;
- d) Quando não existirem dunas nem arribas, uma faixa de 500 m para além da linha máxima de praia-mar de águas vivas;
- e) Estuários e rias, englobando uma faixa de 100 m para além da linha máxima de praia-mar de águas vivas;
- f) Ilhas, ilhotas e rochedos emersos no mar ao longo do litoral.

2. Ecossistemas interiores, designadamente:

- a) Lagoas, incluindo uma faixa de 100 m para além do limite máximo de alagamento, incluindo as faixas amortecedoras;
- b) Albufeiras e uma faixa de 100 m para além do regolfo máximo;
- c) Leitos normais dos cursos de água, zonas de galeria e faixas amortecedoras, além das suas margens naturais;
- d) Cabeceiras dos cursos de água definidas a partir da linha de cumeada de separação de rios e ribeiros até à rede hidrográfica;
- e) Encostas de declive superior a 25%;
- f) Escarpas e faixa envolvente de 3 vezes a sua altura para além da base e rebordo da escarpa;
- g) Áreas de infiltração máxima definidas pela sua natureza geológica;
- h) Áreas abandonadas devido a acentuada erosão superficial ou a anterior exploração de inertes;
- i) Uma faixa de 100 m para além das bermas das auto-estradas e vias rápidas e de 50 m para além das bermas das restantes estradas nacionais;

⁸⁰ DR I, n.º 152, de 5-jul.-1983, 2425, 2427.

⁸¹ *Idem*, 2426.

- j) Uma faixa de 200 m ao longo de toda a costa marítima natural, no sentido do oceano, definida a partir do limite da linha de baixa-mar de águas vivas.

III. O regime da REN era claro (3.º):

1. Nos solos da Reserva Ecológica são Proibidas todas as acções que diminuam ou destruam as suas funções e potencialidades, nomeadamente vias de comunicação e acessos, construção de edifícios, aterros e escavações, destruição do coberto vegetal e vida animal.

2. Exceptuam-se do disposto no número anterior as utilizações e ocupações, a definir em diploma regulamentar.

Não havia *ius aedificandi* nem possibilidade de introduzir alterações na realidade existente.

IV. O Decreto-Lei n.º 321/83 foi substituído pelo Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de março⁸². Esse diploma, referindo a agricultura e a silvicultura modernas, a par do crescimento urbano, veio reformular alguns pontos. Designadamente (3.º): o âmbito da REN, limitou-se, em circunstanciados anexos, a referir as áreas a integrar; só que tais áreas, precedendo todo um procedimento, seriam definidas por portarias de vários ministros (3.º). O Decreto-Lei n.º 93/90 sofreu alterações⁸³, até ao Decreto-Lei n.º 180/2006, de 6 de setembro o qual, com novas modificações, o republicou em anexo⁸⁴. A delimitação da REN passou a ser feita por Resolução do Conselho de Ministros.

V. Um novo regime foi adotado pelo Decreto-Lei n.º 166/2008, de 22 de agosto⁸⁵, revogando-se o anterior Decreto-Lei n.º 93/90. Este diploma visou o reforço da REN e a simplificação dos procedimentos. Pretendeu, também, ultrapassar⁸⁶:

(...) uma visão estreitamente proibicionista sem fundamento técnico ou científico.

⁸² DR I, n.º 65, de 19-mar.-1990, 1350-1354.

⁸³ Pelos Decretos-Leis n.º 316/90, de 13 de outubro, n.º 213/92, de 12 de outubro, n.º 79/95, de 20 de abril e n.º 203/2002, de 1 de outubro.

⁸⁴ DR 1.ª série, n.º 172, de 6-set.-2006, 6551-6578. Este diploma teve duas retificações: n.º 75-A/2006, de 3 de novembro e n.º 76/2006, de 6 de novembro.

⁸⁵ DR 1.ª série, n.º 162, de 22-ago.-2008, 5865-5884, com a retificação n.º 63-B/2008, de 21 de outubro.

⁸⁶ *Idem*, 5856/I.

A delimitação da REN é agora feita a nível municipal (10.º), após todo um procedimento. Quanto ao regime (20.º): mantém-se a proibição de construir, bem como a de introduzir modificações, mas com uma série de exceções. Seguiram-se, de acordo com o costume nacional, múltiplas alterações: Decreto-Lei n.º 239/2012, de 2 de novembro, com republicação anexa; Decreto-Lei n.º 96/2013, de 19 de julho; Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio, que extinguiu a Comissão Nacional da REN, substituída pela Comissão Nacional do Território; Decreto-Lei n.º 124/2019, de 28 de agosto, com republicação anexa⁸⁷.

VI. Os diplomas sobre a REN têm uma malha cada vez mais complexa, assentando num entrosamento burocrático de grande dimensão. No terreno, a realidade é diversa do que poderia resultar dos textos legais. Com efeito, os prédios incluídos na REN são, em regra, os dotados de maior apetência nas áreas do turismo, do lazer, da restauração e de todas as atividades conexas. Os particulares têm evidente interesse, pessoal e comercial, em dispor dos seus prédios. Os municípios pretendem atrair o investimento e o turismo. A lei, com as suas exceções e os seus meandros e mesmo partindo do pressuposto de que não há corrupção, permite múltiplas aberturas. A procura sobe e os preços elevam-se, mesmo em face de prédios que não têm qualquer hipótese de edificação ou de aproveitamento lúdico. São feitos investimentos consideráveis, que apostam na possibilidade de alterar a lei (o que é frequente) ou de, no terreno, modificar as delimitações municipais da REN. As exceções legais são aproveitadas até à medula. Os interessados, em regra com largos meios técnicos, sociais, jurídicos e, quiçá, políticos, conseguem construções aparatosas em áreas de todo inverosímeis. A técnica de, em PDM, considerar “áreas de construção” zonas que se situam no coração da REN, permitiu a destruição de aldeias inteiras e a pura e simples supressão de ecossistemas irrecuperáveis. Vale o exemplo da Ria Formosa, no Algarve, exemplo esse que opera em todo o País. As novas gerações, aqui como em tudo o que lide com o ambiente, vão ser herdeiras da incapacidade dos atuais regimes políticos, assentes em eleições periódicas e na regra do benefício imediato. A Ciência do Direito, no pouco que possa fazer, deve estar atenta.

⁸⁷ DR 1.ª série, n.º 164, de 28-ago.-2019, 60-118.

V – Direito privado do urbanismo

14. Nota comparatística

I. Para além do colete jurídico-público que condiciona a construção e a utilização da propriedade urbana, há que lidar com regras privadas. Concentradas no Código Civil, elas transbordam, ainda, nalgumas fontes extravagantes. Na doutrina alemã, claramente liderante também nesta matéria, o *privates Baurecht* ou Direito privado da edificação alarga-se pelo BGB, §§ 631 a 650v, que envolvem os contratos de empreitada, de construção, de construção para os consumidores e de arquitetura e engenharia⁸⁸, as cláusulas gerais relativas a prestações de construção (VOB/B, de *Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*⁸⁹) e a ordenança referente a honorários de arquitetos e engenheiros (HOAI, de *Verordnung über die Honorare für Architekten und Ingenieure*)⁹⁰. Acrescenta-se, ainda, a lei sobre as garantias dos créditos de construção (BauFordSiG, de *Gesetz über die Sicherung der Bauforderungssicherungen* ou *Bauforderungssicherungsgesetz* de 1 de junho de 1909, por último alterada pela Lei de 29 de julho de 2009⁹¹.

II. Como nota comparatística, recordamos que o regime da empreitada, no BGB, foi alterado pelo *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* ou Lei da Modernização do Direito das Obrigações de 26 de novembro de 2001, em vigor desde 2002⁹². Esse diploma visou, no essencial, transpor a Diretriz 1999/44, de 25 de maio de 1999, sobre a compra e venda de consumo e as garantias do consumidor, com aplicação ao contrato de empreitada. No caso alemão, ele foi transposto para

⁸⁸ Em Burkhard Messerschmidt/Wolfgang Voit, *Privates Baurecht*, 4.ª ed. (2022), vide: Claus von Rintelen, § 631 (913-957) e §§ 650a-650b (1643-1691); Antje Boldt, § 632 (957-976); Burkhard Messerschmidt, § 632a (976-1007), §§ 639-641 (1266-1490), § 646 (1559-1560) e § 650g (1783-1809); Oliver Moufang/Oliver Koos, §§ 633-638 (1008-1266); Thomas Stickler, §§ 642-643 (1490-1515); Dieter Merckens, §§ 644-645 (1515-1559); Thomas Hildebrand, § 647 (1561-1571), § 650e (1712-1734); Iris Oberhauser, §§ 648-649 (1572-1600), § 650h (1809-1810); Alexander Leidig, § 650 (1601-1643); Stefan Leupertz, §§ 650c-650d (1691-1712); Stefan Cramer, § 650f (1734-1783); Olaf Lenkeit, §§ 650i-650o (1810-1914); Hans Christian Schwenker/Markus Wessel, §§ 650p-650t (1914-1948); Reinhold Thode, §§ 650u-650v (1948-1963). Este apanhado dá uma ideia do grau de especialização hoje requerido pelo estudo do Direito privado do urbanismo; tudo isso acompanhado de centenas de indicações bibliográficas e de inúmera jurisprudência.

⁸⁹ Wolfgang Voit, em Messerschmidt/Voit, *Privates Baurecht* cit., 4.ª ed., 1965-2152.

⁹⁰ Christian Schwenker/Markus Wessel, em Messerschmidt/Voit, *Privates Baurecht* cit., 4.ª ed., 2153-2247.

⁹¹ Reinmar Wolff, em Messerschmidt/Voit, *Privates Baurecht* cit., 4.ª ed., 2249-2281.

⁹² *Tratado VI*, 3.ª ed., 72 ss..

o próprio Código Civil, tendo levado a múltiplas modificações no seu articulado⁹³. Um diploma de 28 de abril de 2017 – a Lei para a Reforma do Direito de Construção – induziu modificações significativas na empreitada: inseriu regras específicas sobre o contrato de construção (§§ 650 a 650h), o contrato de construção com consumidor (§§ 650i a 650o), os contratos de arquitetura e de engenharia (§§ 650p a 650t) e o contrato de construção para aquisição (§§ 650u e 650v)⁹⁴. Tal como sucede nos vários ordenamentos, o contrato de empreitada apresenta-se, na Alemanha, como uma matéria vasta e complexa. Dá azo a extensos comentários ao BGB⁹⁵, a que acrescem anotações especializadas sobre o contrato de construção⁹⁶.

III. O equivalente à nossa empreitada de obras públicas é regido pela VOB (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistung*). Este instrumento comporta três vertentes: A, B e C. A parte A prende-se com as obras contratadas pelo sector público; a B comporta cláusulas gerais e a C, regras técnicas. A VOB constitui um caso de êxito de autorregulação. Ela remonta ao ano de 1926⁹⁷. Em 1921, o *Reichstag* solicitou ao Governo a preparação de regras relativas às obras acordadas pelo *Reich* e pelos *Länder*. Os representantes dos empregadores, dos empreiteiros, dos arquitetos e dos engenheiros concluíram essa tarefa, na origem da VOB. Houve revisões em 1952 e em 1973⁹⁸, esta última tendo em conta as diretrizes europeias sobre concessões públicas. A VOB é obrigatória para a União, para os Estados Federados e para as comunas. Seguiram-se revisões em 1979, tendo em conta as regras sobre cláusulas contratuais gerais,

⁹³ Heinz-Peter Mansell, no *Jauernig/Kommentar zum BGB*, 17.ª ed. (2018), Vor § 631 (1083-1091); a bibliografia publicada sobre a empreitada e a reforma ascende a centenas de títulos. Além dos comentários abaixo referidos: Jürgen Oechsler, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 2.ª ed. (2017), § 8 (805-881).

⁹⁴ Jan Busche, no *Mündhener Kommentar zum BGB*, 6, 8.ª ed. (2020), §§ 650a a 650v (338-474).

⁹⁵ Em especial, entre os (neste momento) mais recentes: Frank Peters/Florian Jacoby, no *Staudingers Kommentar zum BGB*, §§ 631-651 (*Werkvertragsrecht*) (2014), 970 pp.; Ralf Leinemann/Jarl-Hendrick Kues, *BGB-Bauvertragsrecht* (2018), XXXV + 772 pp.; Beate Gsell e outros, *Grosskommentar BGB/Werkvertrag*, §§ 631-651 (2018), XXI + 2223 pp., em letra reduzida. Quanto a exposições gerais sobre contratos, temos Jürgen Oechsler, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 2.ª ed. (2017), XLI + 1124 pp., § 8 (805-881).

⁹⁶ Johann Peter Hebel, *Das neue BGB-Bauvertragsrecht: Textausgabe mit Einführung, Gesetzesmaterialien und Erläuterungen zu den wichtigsten Neuerungen* (2018), 218 pp., 116-218; Mark von Wietersheim (org.), *Bauvertragsrecht nach BGB und VOB/B* (2018), 657 pp., 223-261.

⁹⁷ Werner Schubert, *Zur Entstehung der VOB (Teile A und B) von 1926*, FS Hermann Korbion. 60 (1986), 389-410, com uma série de elementos históricos.

⁹⁸ Horst G. Appelhagen, *Neuerungen in dem Verdingungsordnung für Bauleistungen*, BB 1974, 343-346; Wolfgang Heiermann, *Gewährleistung nach dem Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Novellierung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) 1973*, BB 1974, 958-964.

em antecipação à Diretriz 93/37, de 14-jun.-1993 (cujos textos preparatórios já eram conhecidos e estavam estabilizados) e, em 1992, à Diretriz 90/531, de 17-set.-1990^{99 100}. A revisão de 2002 teve em conta a *Schuldrechtsmodernisierung*¹⁰¹. Novas revisões ocorreram em 2009, especialmente na parte A e em 2012, com vista à Diretriz 2011/7, de 16-fev., sobre atrasos nos pagamentos, na parte B. A modificação de 2016 teve a ver com a parte A.

A VOB pode ser adotada por privados, designadamente na parte B¹⁰². Tem um interesse especial: não sendo fonte formal do Direito, ela é recebida nos contratos, segundo a técnica própria das cláusulas contratuais gerais.

No que toca às obras públicas: elas representam entre 16 e 17% do PIB europeu, movimentando 1,5 triliões de euros por ano: 360 biliões para a Alemanha, equivalentes a cerca de 1,5 do PIB português. Somando-lhe a contratação privada, temos uma imensa fatia da riqueza das nações, que circula em empreitadas¹⁰³.

15. O Código Civil português

I. Boa parte dos preceitos constantes do Código Civil sobre a propriedade têm a ver com a titularidade de prédios urbanos. Um relevo especial vai para a secção IV sobre construções e edificações (1360.º a 1369.º), para a secção VI, sobre paredes e muros de meação (1370.º a 1375.º) e para a propriedade horizontal (1414.º a 1438.º-A). Ainda no Código Civil temos o contrato de empreitada (1207.º a 1230.º), essencialmente relevante para o domínio da edificação. Outros preceitos, como os relativos ao direito de superfície, visam, diretamente, o direito de construção.

II. O contrato de arquitetura constitui um ponto relevante no Direito privado do urbanismo. Com efeito, a Lei n.º 31/2009, de 3 de julho¹⁰⁴, muito

⁹⁹ Substituída pela Diretriz 2014/25, de 26-fev.-2014.

¹⁰⁰ Michael Alvermann, *Neuauflage der Verdingungsordnung für Bauleistung (VOB) – Ausgabe 1992*, NJW 1993, 1244-1245.

¹⁰¹ Jochen Markus, *Die neue VOB/B 2006: nach der Novelle ist vor der Novelle*, NJW 2007, 545-550.

¹⁰² Quanto à VOB, um panorama geral pode ser confrontado em Jan Busche, no *Münchener Kommentar zum BGB*, 5/1, § 650a, Nr. 22-87 (334-354).

¹⁰³ Simon Bulla, no *Grosskommentar/Werkvertrag* cit., § 631, Nr. 1919-1990.1 (501-520), com indicações.

¹⁰⁴ Veio substituir o anterior Decreto n.º 73/73, de 28 de fevereiro. Vide, quanto à legislação anterior à Lei n.º 31/2009, a coletânea de António Cordeiro, *Direito da arquitectura*, 7.ª ed. (2004), 831 ss., com diplomas de Direito público do urbanismo. Esclarecemos que este Ilustre Autor não é nosso familiar.

alterada pela Lei n.º 40/2015, de 1 de junho, que o republicou em anexo e, depois, pela Lei n.º 25/2018, de 14 de junho, fixa as qualificações profissionais exigidas aos responsáveis pela elaboração e a subscrição de projetos e atividades similares, elencadas no seu artigo 1.º. Estão em causa arquitetos e determinados engenheiros (4.º), os quais subscrevem termos de responsabilidade (21.º), acompanhado por um seguro de responsabilidade civil (24.º). O particular interessado deve, assim, acordar com uma pessoa habilitada – em princípio, um arquiteto – um contrato de prestação de serviço. Tal contrato rege-se, nos termos gerais do artigo 1156.º e no que as partes não disponham de outra forma, pelo regime do mandato. Nas obras complexas, o contrato de arquitetura assume dimensões em proporção, sendo concluído com *ateliers* de especial dimensão. Temos, aqui, uma área significativa do Direito privado do urbanismo, ainda por explorar.

III. Qualquer processo urbanístico, relativo a uma construção depende de uma decisão do seu titular. O Direito civil define a sua legitimidade, a sua capacidade e o estatuto particular do terreno. A Administração Pública constata esses elementos, à luz das normas privadas aplicáveis. O ponto de partida é, sempre, civil ou comercial.

VI – A reconstrução do *ius aedificandi*

16. *A composição do direito de propriedade*

I. O direito de propriedade tem um papel paradigmático não só no domínio dos diversos direitos reais mas, também, no campo dos direitos de personalidade e dos próprios direitos públicos. Originado pelos glosadores do século XIII, quando confrontados com o irrealismo das velhas *actiones*, desamparadas pelo desaparecimento da orgânica processual romana, o direito de propriedade foi burilado por Bártolo, por Luís de Molina e, finalmente, por Savigny e por Jhering. Chamamos a atenção para as suas duplas dimensões: (1) representa, para o seu titular, um espaço de liberdade específica e uma garantia de liberdade em geral; (2) faculta, a esse mesmo titular, o desfrute de um bem¹⁰⁵. A História mostra-nos que o direito de propriedade tem sido combatido por orientações totalitárias: sendo substituindo-o por uma ideia de função (nacio-

¹⁰⁵ Vide, com indicações, o nosso *Tratado de Direito civil*, XIII (2022), 344 ss..

nal-socialismo), sendo reconduzindo-o a uma propriedade do Estado (comunismo soviético). A propriedade assume, assim, um papel técnico e um papel significativo-ideológico, apenas separáveis para efeitos de análise.

II. O Código Civil define a propriedade no artigo 1305.º:

O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.

Gozar “de modo pleno” significa que, na falta de limitações jurídicas, o direito de propriedade é exercido até aos limites do juridicamente possível. O “modo exclusivo” traduz a ideia de que a propriedade, ao contrário dos demais direitos reais, não postula, a seu lado, um direito concorrente, ainda que possa admiti-lo¹⁰⁶.

III. Concentrando-se no conteúdo do direito de propriedade, sublinhamos que, à luz da atual dogmática privatística e ao contrário da letra (tradicional) do Código Civil, não é adequado descobrir, nele, “subdireitos” ou “direitos parcelares”. A propriedade é una: uma permissão normativa, plena e exclusiva, de aproveitamento de uma coisa corpórea. No seu conteúdo, encontramos¹⁰⁷:

- (1) faculdades: feixes de poderes, eventualmente delimitados, unificados sob uma designação comum;
- (2) poderes: disponibilidades de meios para prosseguir certos fins;
- (3) encargos: procedimentos necessários para exercer faculdades ou poderes;
- (4) deveres: cominados por lei ou pelo Direito, eles dão corpo, entre outros aspetos, à ideia de função social.

IV. Qualquer outra terminologia é possível. Sublinhamos, todavia, que multiplicar “novidades” através de remodelações linguísticas é fraca pista: apenas complica. Vamos agora ordenar o *ius aedificandi* na geografia do direito de propriedade.

¹⁰⁶ O nosso *Tratado de Direito civil*, XIV (2023), 92 ss..

¹⁰⁷ O nosso *Tratado de Direito civil*, I, 4.ª ed. (2017, reimp.), 903 ss..

17. *Natureza do ius aedificandi*

I. Tecnicamente, o *ius aedificandi* não é um “direito” autónomo. Surge como uma faculdade, isto é, um conjunto de poderes e de outras posições ativas, unificadas em torno de uma expressão tradicional. O *ius aedificandi* não tem um conteúdo uniforme. Depende do tipo de imóvel em jogo, da sua situação geográfica, da sua vizinhança e da vontade do proprietário. Repare-se que:

- (1) o proprietário decide se quer ou não construir; esse dado é básico e dá, ao *ius aedificandi*, a coloração própria das permissões normativas específicas;
- (2) o proprietário decide o tipo de construção: por limitativos que sejam os PDMs aplicáveis e outras regulações, há sempre (por vezes: infelizmente!) uma margem de decisão e escolhas a fazer;
- (3) o proprietário decide o início e o desenrolar da construção, mesmo havendo limites;
- (4) o proprietário decide desencadear os passos burocráticos para a construção;
- (5) o proprietário decide a escolha dos arquitetos, dos engenheiros e de outros especialistas, para submeter projetos à Câmara ou a outras entidades;
- (6) o proprietário negocia, com a Administração, o que pode fazer e dá contrapartidas (lícitas) aos municípios: se quiser, como quiser e quando quiser;
- (7) o proprietário escolhe empreiteiros e celebra, com eles, os competentes contratos;
- (8) o proprietário decide acabamentos, plantações nos logradouros, marcações e outros pormenores que podem não ser de somenos;
- (9) em geral: o proprietário exerce todos os poderes que lhe não sejam retirados; quanto aos outros: ainda que condicionados, o exercício é sempre seu, até ao limite da expropriação por utilidade pública.

É muito. Por condicionado ou balizado que seja, há um *ius aedificandi* que, pela lógica da ordem dominial, só ao proprietário pode caber.

II. É certo que, no seu conjunto, o exercício do *ius aedificandi* está entre o Direito público e o privado¹⁰⁸. No tocante à propriedade imobiliária, o dono pouco pode fazer de realce sem o consentimento da Administração Pública. Além disso, a Administração não age para fazer aplicar regras estritas: ela goza de uma discricionariedade acentuada¹⁰⁹, a qual vai para além do que resulta das fórmulas legais. O legislador urbanístico toma as decisões básicas. As instâncias inferiores adotam programas e planos. Por exemplo, o preciso desenho de um PDM (plano diretor municipal) decide quais as áreas de construção. De opções tomadas na secretaria depende o valor de um terreno e o *ius aedificandi*: se assiste, ou não, a um certo prédio e qual a sua precisa dimensão. Tal situação, num Estado de Direito, só pode operar em face de leis claras de aplicação previsível e que respeitem os direitos das pessoas.

III. A doutrina debate se existe efetivamente, no âmbito da propriedade imobiliária, a faculdade de construir ou se esta pertence ao Estado, o qual a vai concedendo limitadamente e sempre sob estrita supervisão¹¹⁰. A discussão tem surgido noutros ordenamentos, como o já citado caso alemão e o italiano¹¹¹, não faltando saídas ideológicas para o problema¹¹². Entre nós, como vimos, estão representadas as duas opiniões. Mas sem sectarismos, admitindo-se a propriedade privada, esta engloba o direito de construir.

IV. Afigura-se indubitável que o *ius aedificandi* sofre múltiplas restrições de Direito público. Já assim sucedia na Antiguidade e assim permaneceu, com mais ou menos intensidade, até aos nossos dias. A proliferação de cidades com milhões de habitantes, a gestão racional e justa das comunidades e a crise ambiental e climática ampliam essas restrições, colocando uma teia densa de regras e sujeitando operações simples a autorizações da Administração, marcadas por margens sempre presentes de discricionariedade. Tudo está em saber se

¹⁰⁸ Alberto Trabucchi, *La facoltà di edificare tra diritto pubblico e diritto privato*, RDCiv XXVI (1980), II, 42-56.

¹⁰⁹ Fernando Alves Correia, *As grandes linhas da recente reforma do Direito do urbanismo português* (2000, reimp.), 155 pp., 51 ss..

¹¹⁰ Walter Leisner, *Baufreiheit oder staatliche Baurechtsverleihung?*, DVBl 1992, 1065-1072; Harald Dähne, *Die sogenannte Baufreiheit/Das Bauen und die Eigentumsgarantie*, Jura 2003, 455-461; Muskel/Ogorek, *Öffentliches Baurecht* cit., 4.^a ed., § 3 (12-15), com outras indicações.

¹¹¹ Adolfo di Majo/Lucio Francesco, *Proprietà edilizia*, ED XXXVII (1988), 337-367 (353/I ss.).

¹¹² Assim, para Frederico Spantigati, *Diritto urbanistico* (1990), X + 279 pp., 89 ss., segundo o qual a relação entre plano e propriedade seria aparente: a mesma classe (a burguesia), teria o controlo dos interesses em presença, os quais não seriam antagónicos.

tais restrições crescentes são de molde a amputar o *ius aedificandi*, posicionando-o na esfera do Estado.

V. No limite, cessa o direito de propriedade, através da expropriação por utilidade pública, com justa indemnização. Mas havendo propriedade, a faculdade de construir, por limitada que seja, existe. O dono sujeita-se à Administração. Mas ainda pode decidir se constrói ou não, se destina o edifício a algum ramo económico e como, conquanto que limitadamente, organiza os interiores. Além disso, num fenómeno de elasticidade clássico ligado à propriedade e a outros direitos: desaparecendo ou atenuando-se os constrangimentos urbanísticos públicos, o direito expande-se até aos limites do juridicamente possível.

VI. Este debate tem interesse prático. Se o *ius aedificandi* desaparece, substituído pelas boas graças de uma Administração tentacular, sujeita às flutuações políticas, técnicas e estéticas dos agentes que, circunstancialmente, a sirvam, ficam em causa, entre outros, os princípios da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade e da boa-fé. A Administração deve estar consciente de que as suas decisões vão atingir direitos legítimos das pessoas, constitucionalmente garantidos. Deve limitar o seu (imenso) poder ao necessário, respeitar a lei e justificar o que faça. Negar *ad nutum* o *ius aedificandi* equivale a ampliar a intervenção pública para além do razoável.

Fica uma prevenção: o *ius aedificandi*, para além das limitações urbanísticas, pode esgotar-se, uma vez exercido. Desde o momento em que a propriedade edificada não possa ser demolida ou sobreelevada sem autorização, o prédio fica como que congelado. Mas isso não obsta ao *ius aedificandi*, inicialmente exercido. Outras faculdades, como a de disposição, sendo exercidas, não mais podem ser retomadas pelo titular inicial.

VII. Em suma: o *ius aedificandi* é uma faculdade que se inscreve no conteúdo da propriedade privada. Tem natureza civil. O Direito do urbanismo tem um nível privado e um nível público, sendo este último o dominante. Limita o *ius aedificandi*. Mas, salvo expropriação por utilidade pública, não o suprime.

O critério da continuidade das relações jurídicas e económicas que subjaz ao regime de imputação da responsabilidade penal: perspectivas para o futuro

HUGO LUZ DOS SANTOS*

SUMÁRIO: §§ 1. O critério da continuidade das relações jurídicas e económicas que subjaz ao novo regime de imputação da responsabilidade penal (emergente) das operações de concentração societária: Introdução. §§ 2. O critério da continuidade das relações jurídicas e económicas no âmbito das operações societárias de fusão, cisão e transformação da empresa: §§ 2.1. Por que razão o critério da continuidade das relações jurídicas e económicas (no âmbito das operações societárias de concentração) não viola o princípio da pessoalidade das penas (súmula das conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apostas na *Advisory Opinion* vazada no processo C-280/06). §§ 3. A delimitação negativa do critério da continuidade das relações jurídicas e económicas que preside às operações societárias: os casos de fusão alavancada (os *leveraged buy-outs*): §§ 3.1. A delimitação positiva do critério da continuidade das relações jurídicas e económicas que preside às operações societárias: os casos de compra directa da empresa (*Asset Deals*) ou de compra de participações sociais (*Share Deals*)

RESUMO: O artigo pretende lançar luz sobre o critério da continuidade das relações jurídicas e económicas que subjaz ao regime de imputação da responsabilidade no desenho funcional do Anteprojecto do Código Penal de Macau.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Direito das Sociedades Comerciais; Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas; Critério da Continuidade das Relações Jurídicas e Económicas; Operações de Concentração Societária.

* Doutor em Direito (2019-2021)/Professor Universitário na *City University of Macau*/Assistente (em tempo parcial) da Faculdade de Direito da Universidade de Macau/Perito (Research Fellow) do Forum for International Arbitration and Conciliation (Oxford, United Kingdom – Membro permanente dos *Working Groups* da UNCITRAL).

§§ 1. O critério da continuidade das relações jurídicas e económicas que subjaz ao novo regime de imputação da responsabilidade penal (emergente) das operações de concentração societária: Introdução

§ 1. Revertendo às operações de concentração societárias de cisão e fusão, nos termos daquela norma jurídica (artigo 11.º, n.º 8, do Código Penal de Portugal) “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”.

§ 2. A questão que a doutrina¹ e a jurisprudência portuguesa têm debatido, no plano do dever²-ser³ e do plano normativo⁴-procedimental⁵, assenta, no

¹ Nunca é demais enfatizar o papel que a doutrina desempenha no *rebirth* interno do sistema jurídico. A interpretação realizada pela doutrina (que é teórica, mas ilumina e lança luz sobre a prática) será tanto mais valorizada, variegada, quista, multipolar, multidireccional e criativa, e o protagonismo funcional da doutrina (e da dogmática) tanto maior, quanto mais aberta (e frondosa e vivificante) for a compreensão do direito de que a realiza. De tal facto se infere que o *sought-after rebirth* interno do sistema jurídico acontece, primacialmente, por via da interpretação jurídica. É pela interpretação que emergem na cena social e jurídica novos horizontes normativos que visam abrir o caminho a novas pautas de solução para casos concretos, que são o afloramento lídimo daquilo a que se denomina de *law in action*. Destarte, porque o direito se subtrai à lógica bafienta da mesmidade, “nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*”. Ver: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Interpretação e o protagonismo da doutrina”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 145.º, N.º 3995, novembro-dezembro 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 66.

² Burilado noutras paragens académicas. Em língua chinesa: LEONG CHENG HANG/ HUGO LUZ DOS SANTOS, 梁靜姮，雨果：第七章 葡萄牙衛生基本法，《部分國家衛生基本法研究》，法律出版社，Pequim, Law Press China, 2017年版，第115頁至第127頁. Em língua inglesa: HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Prospective Court-Connected Mandatory Mediation Regime in Macau: A Brief Note”, in: *Ius Gentium*, Vol. 85, PETER CHI HIN CHAN/C. H. VAN RHEE (Eds.), *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, New York City/Berlin/Beijing, Singapore, Springer, 2021, *passim*.

³ Sobre o dever-ser: RÚBEN RAMIÃO, “Algumas notas sobre a Teoria do Direito no pensamento de Hans Kelsen”, in: *O Direito*, Ano 151.º (2019), II, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 288 e ss e *passim*, que seguimos de muito perto. Não é segredo que HANS KELSEN se inspirou na filosofia kantiana emergente da (não menos) inspiradora corrente neo-kantiana de Marburgo. Isso é particularmente visível no acolhimento da dicotomia ser/dever-ser entendidas como formas puras de conhecimento. O conhecimento natural (que inere e se interliga com o *sein*) e o conhecimento normativo ou conhecimento das normas (que radica e se interliga com o *dever-ser*) de jaez eminentemente kantiano revelar-se-iam de capital importância na (e para a) edificação da tese transcendentalista regressiva de HANS KELSEN. Para KANT, a doutrina do Direito (*Rechtslehre*) interliga-se (genética e funcionalmente) com a filosofia prática ou moral (largamente exposta na sua seminal obra *Metafísica dos Costumes*).

essencial, em duas questões: **i)** a de saber se a transmissão da responsabilidade penal tipificada no n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal de Portugal viola o

O contributo da corrente neo-kantiana de Marburgo traduziu-se essencialmente em deslocar a filosofia prática ou moral de KANT para o campo conceptual do Direito. Já de si vasto e seminal. Na tese de HANS Kelsen, o dever-ser, que expressa a autonomia do Direito, opera à determinação de normas jurídicas esculpidas pela ciência do Direito – a ciência jurídica. Esta operação encontra-se nos antípodas – pelo menos não se encontra no mesmo estalão argumentativo – da determinação sociológica do Direito que encontra respaldo (e étimo fundante) no *ser*). Sobre estas questões, oscilando entre a crítica e o panegírico à obra do Filósofo do Direito austríaco: JOSEPH RAZ, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, in: *Normativity and Norms/Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Reprinted), Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 122 e ss; RÚBEN RAMIÃO, “Algumas notas sobre a Teoria do Direito no pensamento de Hans Kelsen”, *cit.*, *passim*; JOSEPH RAZ, “The Purity of the Pure Theory”, in: *Normativity and Norms/Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, (Reprinted), Oxford, Oxford University Press, 2007, *passim* (afirma que uma parte do sucesso da *Teoria Pura do Direito* se deve à forma obscura como a mesma foi escrita – o que motivou simultaneamente um tropel de críticas e uma irrestrita admiração por parte do mundo académico. Num outro registo, mais sereno, JOSEPH RAZ afirma, partindo da sua conhecida adesão ao *moral value of law* – de inspiração Kantiana – que a *Basic norm* de HANS Kelsen – e a sua *Teoria Pura do Direito* – podem ajudar a jurisprudência dos Estados Unidos da América a resolver os denominados *hard cases*). VER: JOSÉ LAMEGO, “O Método Transcendental na Filosofia do Direito: A Polémica entre Kelsen e Sander”, in: *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana, Volume I, De Kant ao Neo-Kantismo*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, pp. 135-137 (alude à a polaridade dialéctica entre a captação de dados empíricos provenientes do *maná* da experiência sensível e empírica e os actos de aplicação do Direito como expressões – eloquentes – de uma vontade – a do julgador/aplicador – essencialmente subjectiva).

⁴ O normativismo de HANS Kelsen concebe o ordenamento jurídico (holisticamente considerado) como um sistema hierárquico de normas em que a validade de uma norma pode ser aferida em função da sua conformidade com uma norma hierarquicamente superior: a *Grundnorm*. A aparelhagem positivista não abarca, segundo Kelsen, o reconhecimento (claro e inequívoco) de uma pauta moral objectiva ou de uma estrutura legislativa de jaez vincadamente natural. Que se afastaria, nessa conformidade, de um critério de validade (uma baliza normativa e um padrão referencial) da norma positiva. A pauta positivista sequer afere ou aquilata da justeza (ou falta dela) que subjaz ao magma vivificador das leis. E deveria. É preciso, segundo Kelsen, gizir um conceito funcionalmente operativo que permita o confronto analógico permanente, actualizado e circunstanciado entre a norma comum e a norma imperativa fundamental. De tal facto se infere que se a norma se mostrar conforme com os cânones essenciais ditados pela norma hierárquica superior (*Grundnorm*), está revestida de validade e de bondade intrínseca. HANS Kelsen atribui a esta norma superior máxima a sugestiva taxionomia jurídica de *Grundnorm* (a norma imperativa fundamental). Esse padrão referencial a que se *Grundnorm* tem sobre si uma momentosa tarefa: a de aferir, casuisticamente, a bondade intrínseca e, por isso, a validade de todo o sistema jurídico, que se desdobra num universo (hoje quase inabarcável) de normas jurídicas. Cuja validade é (deve ser) confrontada analogicamente com a norma imperativa fundamental. A construção da norma fundamental (*Grundnorm*) lança um desafio permanente, quer ao Estado-Legislador, quer ao Estado-Juiz. Na medida em que preceitua tanto a forma em relação à qual as normas jurídicas têm de ser feitas (desafio que o Estado-Legislador deve aceitar) e como elas devem ser aplicadas (repto que o Estado-Juiz não deverá deixar fenecer ou, sequer, desconsiderar).

princípio da pessoalidade e intransmissibilidade da responsabilidade criminal ou se este princípio constitucional (artigo 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa)⁶, quando aplicado a algumas operações jurídico-societárias,

Para garantir a validade sistemática do ordenamento jurídico, Kelsen defende a criação de um sistema eficaz de sanções, que visa velar (e zelar) pela segurança jurídica desse ordenamento jurídico. Seguimos de muito perto: AMANDA SOARES/GABRIELA OLIVEIRA/MURYEL MORAES, “Súmula sobre Teoria pura do direito: a hierarquização das normas”, disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>, que seguimos de muito perto, igualmente, na doutrina austríaca, HANS KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, 5. Auflage, Köln, 1979; HANS KELSEN, “Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob”, in: *Annalen der Philosophie*, 1, 1919; HANS KELSEN, “Hauptprobleme der Staatslehre entwickelte aus der Lehre vom Rechtssätze”, Tübingen, 1911, pp. 93-103. A influência de HANS KELSEN na construção científica do constitucionalismo contemporâneo é evidente. Sobre o contributo de HANS KELSEN para o modelo austríaco (concentrado) de *controle de constitucionalidade*, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 196 e ss; JOSÉ LAMEGO, “Argumentação Transcendental em Kelsen”, in: *Estudos em Honra do Professor Doutor Oliveira Ascensão*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 347 e ss. Referindo-se ao juiz constitucional como *legislador negativo*: MARIA BENEDITA URBANO, “Sentenças Intermédias: para além de Kelsen mas ainda aquém de uma nova teoria da separação de poderes”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ad Honorem, Studia Iuridica 103, Volume III: Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Organizadores: FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS E. M. MACHADO, JOÃO CARLOS LOUREIRO, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 691-692. Ver: AMANDA SOARES/GABRIELA OLIVEIRA/MURYEL MORAES, “Súmula sobre Teoria pura do direito: a hierarquização das normas”, disponível em <http://www.arcos.org.br/artigos/teoria-pura-do-direito-a-hierarquizacao-das-normas/>, que seguimos de muito perto.

⁵ Fala-se, a este propósito, numa *Legitimação pelo procedimento* (*Legitimation durch Verfahren*) desenvolvida por NIKLAS LUHMANN, em obras de referência como: *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969, pp. 28 e ss e passim. Noutro plano, o autor alemão fala na importância da auto-referência e da *autopoiesis* dos sub-sistemas sociais. De entre os quais se inclui o Direito. Ver: NIKLAS LUHMANN, “Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung”, in: *Zeitschrift für Soziologie*, Volume 11, n.º 4, 1982, pp. 366-379; NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1995; NIKLAS LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Urban-Taschenbücher, Bd. 195) (German Edition), Stuttgart, W. Kohlhammer GmbH, 1974, pp. 1-99.

⁶ O n.º 3 do artigo 30.º da CRP estabelece que “a responsabilidade penal é insusceptível de transmissão. Esta disposição da lei fundamental consagra, assim, o *princípio da pessoalidade e intransmissibilidade da responsabilidade penal*. A doutrina dominante indica as várias refrações do princípio da pessoalidade. A saber: **i)** extinção da pena e do procedimento criminal opera-se com a morte do arguido; **ii)** proibição da transmissão da pena para pessoas que não tenham cometido o crime, tais como familiares, parentes ou terceiros; e **iii)** impossibilidade de sub-rogação (pessoal, patrimonial e funcional) no cumprimento das penas pelas quais o arguido foi condenado. Ver: MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, in: TERESA PIZARRO BELEZA/FREDERICO DE LACERDA COSTA PINTO, *Comparticipação, pessoas colectivas e responsabilidade*, 11 *Estudos de Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*, Coimbra, Alme-

deve ser interpretado de forma radicalmente diferente do que quando aplicado a pessoas singulares⁷;

§ 3. ii) coloca-se ainda a questão de se saber se será conveniente para a aplicação do art.º 11.º, n.º 8 do Código Penal de Portugal retirar inferências interpretativas do modelo de imputação dos ilícitos do Direito da Concorrência da União Europeia nos casos de fusões, re-organizações empresariais,

dina, 2015, pp. 158-189, que seguimos de muito perto. Para mais desenvolvimentos: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 504 e ss; JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª edição, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 336 e ss. A questão da violação do princípio da pessoalidade das penas e da intransmissibilidade da responsabilidade penal (artigo 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa) deu azo a uma acesa actividade jurisprudencial no Tribunal Constitucional de Portugal, no Supremo Tribunal Administrativo de Portugal e no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal em torno do (revogado) artigo 8.º, n.º 7, do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT) e mesmo, ainda que marginalmente, em torno do artigo 11.º do Código Penal de Portugal. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 171/2014 decretou a inconstitucionalidade material com força obrigatória geral do (hoje revogado) artigo 8.º, n.º 7, do RGIT. Para mais desenvolvimentos, sobre as questões que antecedem, HUGO LUZ DOS SANTOS, “Os *fiduciary duties* dos administradores das sociedades comerciais e o regime jurídico da solidariedade passiva constante do (revogado) artigo 8.º, n.º 7, do RGIT e do (reprimado) artigo 7.º-A, n.º 2, do RJFNA: cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?”, in: *Revista Fiscal*, Maio/Junho de 2014, Vida Económica, Porto 2014, *passim*; HUGO LUZ DOS SANTOS, “Os deveres fiduciários dos administradores das sociedades comerciais à luz do recente Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 11/2014: mais um capítulo da (falta) de cooperação dialéctica entre o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal de Justiça?”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII 2015, I, Almedina, Coimbra 2015, pp. 109-157; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal (algumas notas mais ou menos desenvolvidas)”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, ano 7, Vol. 14 2015, pp. 133-160; HUGO LUZ DOS SANTOS, “Sobre a responsabilidade subsidiária (artigo 8.º, n.º 1, alínea a, do RGIT) dos gerentes das sociedades comerciais – Comentário ao Acórdão do Supremo Administrativo, de 29/10/2014”, in: *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 8, n.º 3 2015, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 179-197; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A responsabilidade subsidiária dos administradores das sociedades comerciais pelo pagamento das multas e das coimas – um caso de responsabilidade civil”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VIII 2016, 2, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 479-503; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A responsabilidade subsidiária (art. 8.º, n.º 1, do RGIT, os deveres fiduciários dos gerentes das sociedades comerciais e o *Enlightened Shareholder Value*: breve anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29.10.2014”, in: *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 9, n.º 1 2016, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 105-125.

⁷ MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, *cit.*, pp. 158-189, que seguiremos de muito perto.

transferências da titularidade de exploração das empresas e operações societárias idênticas⁸.

§ 4. Em matéria da transmissão da responsabilidade penal no contexto das operações de concentração societária, acolhe-se expressamente, no Anteproyecto do Código Penal de Macau, o *princípio da continuidade económica das empresas ou das sociedades comerciais que se dediquem à exploração de empresas*. Conceito que é aplicável no contexto funcional de cessões de empresas, transformações, cisões, fusões, alterações de titularidade da gestão da sociedade comercial e operações de transformação societária⁹. Na esteira da abundante jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em tema de Direito da Concorrência.

§ 5. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE) em matéria de Direito da Concorrência sedimentou as bases dogmáticas em que se baseia o *princípio da continuidade económica das empresas*, aplicável no contexto de cessões de empresas, fusões, alterações de titularidade da gestão da empresa e operações semelhantes¹⁰.

§ 6. Da jurisprudência do TJUE extrai-se o bordão axiológico segundo o qual “uma das características da empresa é o seu carácter durável. Daí decorre que, em caso de cessão, a responsabilidade pelas infracções cometidas pode não se extinguir e transmitir-se ao adquirente nos casos em que as empresas adquirentes haviam continuado a sua actividade económica”¹¹.

§ 7. Os critérios gerais que se podem extrair da jurisprudência do TJUE podem sintetizar-se da seguinte forma: nos casos em que a sociedade comercial delituosa prossegue a sua actividade comercial, após a cessão, seja no sector comercial (e social) atingido pelo delito, seja num sector comercial diferente,

⁸ MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, *cit.*, pp. 158–189, que seguiremos de muito perto.

⁹ MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, *cit.*, pp. 158–189, que seguiremos de muito perto.

¹⁰ MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, *cit.*, pp. 158–189, que seguiremos de muito perto.

¹¹ CRAM (*Companie Royale Asturienne des Mines, SA e Reinzhink* contra a Comissão, 1984, Proc. 29/83 e 30/83), *apud*, MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, *cit.*, pp. 158–189, que seguiremos de muito perto.

considera-se que essa sociedade comercial continua a ser responsável pelos actos jurídicos praticados sob a sua direcção, antes da cessão¹².

§ 8. Quando assim não seja: **i)** nos casos tipológicos em que a sociedade comercial autora imediata do delito é, na sua totalidade, cedida, considera-se o adquirente da empresa responsável pelos factos ilícitos típicos cometidos antes da cessão¹³;

§ 9. **ii)** o mesmo aplica nos casos tipológicos em que a sociedade comercial autora imediata do delito deixe de existir enquanto entidade (jurídica e socialmente) independente e que a actividade funcional no âmbito (social e funcional) da qual foi cometido delito for transferida (juridicamente) a uma outra empresa ou sociedade comercial¹⁴. Neste caso, considera-se que a responsabilidade pelos factos ilícitos-típicos cometidos no passado deve ser assumida integralmente pelo adquirente da sociedade comercial¹⁵;

§ 10. **iii)** nos casos em que o delito é cometido pela sociedade-filha e esta é posteriormente extinta, a responsabilidade deve ser assumida integralmente pela sociedade-mãe¹⁶.

§ 11. Segundo o Advogado-Geral Bot, deve ser tido em consideração que o artigo 81.º do Tratado da Comunidade Europeia refere-se a actividades de sociedades comerciais ou empresas¹⁷.

§ 12. Para o efeito da aplicação desta disposição legal, o facto de a sociedade comercial (empresa) ter alterado a respectiva forma (ou constituição) societária e denominação social não significa, natural e necessariamente, a constituição de uma nova sociedade comercial isenta de responsabilidade (penal ou concor-

¹² MARGARIDA CALDEIRA, "O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal", *cit.*, pp. 158-189.

¹³ MARGARIDA CALDEIRA, "O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal", *cit.*, pp. 158-189.

¹⁴ MARGARIDA CALDEIRA, "O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal", *cit.*, pp. 158-189.

¹⁵ MARGARIDA CALDEIRA, "O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal", *cit.*, pp. 158-189.

¹⁶ MARGARIDA CALDEIRA, "O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal", *cit.*, pp. 158-189.

¹⁷ MARGARIDA CALDEIRA, "O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal", *cit.*, pp. 158-189.

rencial) pelo comportamento anti-concorrencial da sua antecessora quando, de um ponto de vista económico, as duas empresas constituem uma unidade em sentido económico. Sendo, por isso, idênticas¹⁸.

§ 13. Esta corrente jurisprudencial do TJUE, que tem subjacente o critério da continuidade das relações jurídicas e económicas, preceitua, com razão, que a mudança de morfologia jurídica e societária não tem sempre por efeito a criação de uma nova entidade jurídica (ou uma nova empresa) que se possa eximir da responsabilidade pela actuação (jurídica e funcional) da empresa antecessora. Na medida em que, do ponto de vista jurídico-económico, existe identidade (e unidade) entre ambas¹⁹.

§ 14. Por essa razão, deve ser efectuada, em toda e qualquer operação societária, uma análise jurídica circunstanciada no sentido de se aferir se se existe uma continuidade económica entre a empresa que cometeu o crime e a sociedade comercial adquirente²⁰.

¹⁸ Ver: Considerando 80, Opinião de 26-3-20009, nos processos apensos C-125/07 P, C-133/07; P, C-135/07, P e C-137/07 P. Esta corrente jurisprudencial foi confirmada pelo TJUE noutros processos, por exemplo, no caso *Aalborg Portland* e outros contra a Comissão Europeia, procs. C-217/00P e C-219/00P. No caso concreto, a empresa-arguida tinha mudado de quadros gestionários (a sua gestão funcional) e a nova gestora era uma sociedade comercial do mesmo grupo económico. O Tribunal entendeu que essas duas sociedades comerciais (a gestora originária e a nova gestora) constituíam uma mesma entidade jurídico-económica e que isso não era impeditivo do facto (funcional e jurídico) de a entidade gestora originária existir como entidade jurídica única. Ver: MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoaalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, *cit.*, pp. 158-189.

¹⁹ MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoaalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, *cit.*, pp. 158-189.

²⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, procs. C-204/00 P; C-205/00 P; C-211/00P; C-213/00. Ver: MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoaalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, *cit.*, pp. 158-189. Nas cisões coloca-se a questão de se saber a quem deve ser imputada objectivamente a responsabilidade penal quando não subsista parcela patrimonial da sociedade comercial cindida. A doutrina portuguesa tem-se posicionado em função da tese de que deverá imputar-se a responsabilidade à nova sociedade comercial, para que não se verifique uma situação de fraude à lei. Ver: JORGE DOS REIS BRAVO, *Direito Penal de Entes Colectivos – Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 369. Manifestando concordância com esta posição doutrinal: MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoaalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, *cit.*, pp. 158-189.

§§ 2. O critério da continuidade das relações jurídicas e económicas no âmbito das operações societárias de fusão, cisão e transformação da empresa

§ 1. Como acima se disse, e aqui repetimos, nas transformações societárias em geral, como a fusão, cisão e a transformação, assiste-se, em tese, à “morte jurídica” de uma pessoa colectiva e ao “nascimento jurídico” de outra pessoa colectiva.

§ 2. Nem sempre é assim, como vimos. Na esmagadora maioria das vezes, trata-se, a montante e a jusante, da mesma empresa, mas com outra roupagem jurídica. E é por isso que o *critério da continuidade das relações jurídicas e económicas* é tão importante (e operante) no âmbito das operações de concentração societária de fusão, cisão e transformação da empresa. Sobretudo para evitar situações reconduzíveis à fraude à lei.

§ 3. O “nascimento jurídico” a que acima se fez alusão, traz no seu bojo, não raro, o mesmo substrato pessoal e patrimonial da pessoa colectiva fundida, cindida ou transformada.

§ 4. Por essa razão, conforme veremos melhor adiante, o anteprojecto do Código Penal de Macau faz alusão expressa, na esteira da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao *critério da continuidade das relações jurídicas e económicas* no âmbito das operações societárias de fusão, cisão e transformação da empresa.

§ 5. Não se trata, pois, de uma transmissão da responsabilidade penal de uma pessoa colectiva *antiga* para uma pessoa colectiva *nova*. Trata-se, somente, da manutenção do feixe de relações jurídicas da sociedade comercial incorporada (*critério da continuidade jurídica*).

§ 6. A manutenção desse feixe de relações jurídicas coaduna-se com a concepção de pessoa colectiva de que partimos no Capítulo I da presente monografia (pessoa colectiva enquanto realidade técnica e pessoa colectiva enquanto centro de imputação autónomo de efeitos jurídicos)²¹.

²¹ No caso da *fusão por incorporação*, a modalidade de transformação societária mais utilizada no tráfego comercial, a *personalidade jurídica de uma sociedade comercial mantém-se* e a outra (ou outras) extinguem-se como sujeito de direito (ou como sujeito de direitos), *transferindo para aquela que subsiste (no mundo jurídico) todas as relações jurídicas e económicas por si tituladas*. Destarte, após a inscrição da operação de con-

§ 6. Essa linha de continuidade jurídico-económica traduz-se, essencialmente, na manutenção da responsabilidade penal da pessoa colectiva que, por força da fusão em geral, cisão em geral e transformação em geral, adquire uma *nova roupagem jurídica*. Mas, no fundo, mantém o mesmo substrato pessoal e, principalmente, patrimonial que adquiriu anteriormente em consequência da sua actividade mercantil (artigo 272.º, n.º 2, alínea b), artigo 293.º, n.º 1, alíneas a) e b), ambos do Código Comercial de Macau).

§ 7. Em resumo: o substrato pessoal e patrimonial da pessoa colectiva mantém-se (artigo 287.º, alíneas a) e b), artigo 295.º, ambos do Código Comercial de Macau), mas adquire, por força das transformações societárias de fusão em geral, cisão em geral e transformação em geral, uma *nova roupagem jurídica*. Sem que isso implique, no caso da pessoa colectiva-sociedade comercial, a

centração societária (fusão) no registo comercial *realiza-se a transferência (que deve ser integral e imediata) de patrimónios sociais no âmbito da qual a sociedade comercial incorporada se extingue e se transmitem (integral e imediatamente) para a sociedade comercial incorporante todo o seu universo (primitivo e ancestral) de direitos e obrigações*. Compreende-se porquê: com o registo da operação de concentração societária (fusão), opera-se e realiza-se, sem necessidade de qualquer acto (jurídico ou social) ou de consentimento (expresso ou tácito) de algum sujeito de direito, a transmissão (imediata) da totalidade do património social de uma sociedade comercial para a titularidade da outra – a fusão significa, natural e necessariamente, uma transmissão patrimonial integral e imediata do lastro universal de direitos e obrigações de uma sociedade comercial para a outra. Também aqui se compreende porquê: a teleologia imanente à transmissão patrimonial operada pelo modo descrito não está no horizonte (estrutural e funcional) das pessoas colectivas que são sociedades comerciais, mas, antes, na tutela (funcional e patrimonial) da empresa que incrusta (e subjaz a e à) sociedade comercial e na tutela (que se quer adequada e suficiente) dos seus sócios. É na subsistência na esfera da sociedade comercial incorporante (ou da “nova sociedade” comercial, se for esse o caso em apreço) da empresa incorporada, do *corpus* empresarial que se pode captar o étimo fundante da facilitação da transmissão por fusão. Ver: FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, “Fusão por incorporação, transmissão de posições jurídicas e relações mercantis *intuitus personae*”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 6, vol. 11 2014, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 36–37, que seguimos de muito perto. Na doutrina espanhola: JUAN MANUEL GÓMEZ PORRÚA, *La fusión de sociedades anonimas en el derecho español y comunitário*, Madrid, La Ley, 1991, pp. 38–48 e passim. Essa é, no essencial, a razão pela qual a teleologia imanente que subjaz à fusão seja a aglomeração (não raro, por razões de racionalidade económica e optimização empresarial) do lastro pessoal e patrimonial que compõe a sociedade comercial incorporada e a sociedade comercial incorporante. Ver: VERA CRISTINA ANTUNES DA SILVA MAÇAS, “Fusão e cisão de sociedades”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano II 2010, Número I-2, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 405–442. Porquanto o motivo (ou objectivo) essencial que subjaz a essa operação de concentração societária (fusão) é incorporar o lastro (pessoal e patrimonial) de duas empresas. Ver: M. NOGUEIRA SERENS, “A translação de empresas nos negócios de fusão e de cisão”, in: *IV Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, 2016, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 373 e ss, que seguimos de perto. Convergente: ELDA MARQUES, “Fusão e cisão (não) proporcionais”, in: *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, 2016, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 109 e ss.

derrogação dos “valores de exploração” e do “aviamento-clientela” (Orlando Carvalho).

§ 8. Essa operação societária, não derroga, igualmente, os “valores de organização” (Orlando Carvalho) que se transferem da sociedade comercial incorporada para a sociedade comercial incorporante. E que são inteiramente reconhecidos e reconhecíveis não só internamente como externamente junto do giro comercial (a acreditação diferencial da sociedade comercial no tráfego mercantil que radica e transporta, na transformação societária em geral, os valores de exploração e os valores de organização da sociedade comercial incorporada) em que operava a pessoa colectiva fundida, cindida e transformada.

§ 9. Tanto basta para coonestar o critério da continuidade económica e, coerentemente, a insusceptibilidade de extinção ou infirmação da responsabilidade penal da pessoa colectiva fundida ou cindida.

§§ 2.1. Por que razão o critério da continuidade das relações jurídicas e económicas (no âmbito das operações societárias de concentração) não viola o princípio da pessoalidade das penas (súmula das conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott apostas na *Advisory Opinion* vazada no processo C-280/06)

§ 1. O critério da continuidade das relações jurídicas e económicas não belisca minimamente o princípio da pessoalidade das penas (artigo 30.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa).

§ 2. Como bem afirma a Advogada-Geral Juliane Kokott, na identificação matricial dos critérios de imputação objectiva do delito, deve ser tida em consideração a natureza dissuasora das reacções sancionatórias tipificadas nos delitos que infrinjam as regras da concorrência. E mesmo do direito penal globalmente considerado²².

§ 3. E isso é bem visível nas operações societárias de concentração, que se interligam com o critério da continuidade das relações jurídicas e económicas e com o princípio da pessoalidade das penas.

²² CRISTIANO DIAS, “Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano VII, 2015, número 3/4, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 647 e ss e passim, que seguimos de muito perto.

§ 4. As operações societárias de concentração, como a venda de empresas e outras transformações societárias²³ podem conduzir a uma situação típica em que, no momento temporal em que o delito é punido, a pessoa colectiva responsável pela gestão da empresa societariamente intervencionada (cindida, fundida, incorporada ou transformada) não é a pessoa colectiva responsável pela gestão ao tempo da prática do delito²⁴.

§ 5. Nesses casos, afirma Advogada-Geral Juliane Kokott nas suas conclusões, o critério da continuidade das relações económicas e jurídicas deve prevalecer sobre o princípio da pessoalidade da responsabilidade penal²⁵.

§ 6. O critério da continuidade das relações económicas e jurídicas que se encontra sedimentado na corrente jurisprudencial do TJUE surgiu na sequência de um conjunto alargado de instrumentos legislativos vinculativos (mais

²³ Tradicionalmente, a operação de concentração societária (a transformação) de (da) sociedade comercial consiste no facto de uma sociedade comercial constituída *ab initio* de acordo com a disciplina normativa vazada (e vertida) num dos tipos societários inscritos no Código das Sociedades Comerciais (i) sociedade em nome colectivo, ii) sociedade por quotas, iii) sociedade anónima ou sociedade em comandita simples ou por acções) passar a adoptar (daí para a frente) qualquer um desses tipos societários, (parcial ou radicalmente) diferente do inicialmente perfilhado (*transformação formal*). Se isso couber no horizonte normativo da deliberação social tomada pelos sócios, pode haver, excepcionalmente, uma transformação societária em que o seu *iter* acarreta, natural e necessariamente, a extinção da sociedade comercial transformada e a criação (*ex novo*) de uma nova sociedade comercial de outro tipo societário que ocupa funcionalmente o lugar da sociedade comercial extinta de forma integral e imediata (*transformação extintiva*). Ver: CRISTIANO DIAS, “Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015”, *cit.*, p. 647.

²⁴ CRISTIANO DIAS, “Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015”, *cit.*, pp. 646-648.

²⁵ Conclusões da Advogada-Geral JULIANE KOKOTT na *Advisory Opinion* constante do processo C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contra Ente Tabacchi Italiani e outras*. A questão decidida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia surgiu no âmbito de um processo de reenvio prejudicial e foi colocada perante o TJUE da seguinte forma: “em que circunstâncias a infracção consubstanciada num cartel (expressão simplificada de acordo entre empresas de fixação de preços, proibido pelo Direito da Concorrência da União Europeia) cometida por uma empresa que operava previamente no mercado relevante pode ser imputada à sua sucessora no mercado”. Ver: MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, *cit.*, pp. 158-189.

concretamente, Directivas), que foram sendo aprovadas no direito comparado da União Europeia²⁶.

§ 7. Mormente, no âmbito da fusão em geral e, sobretudo, da fusão por incorporação em particular²⁷.

§ 8. Fazendo uma breve incursão pelo direito comparado da União Europeia, a matéria de fusão de sociedades comerciais é disciplinada pela Directiva 2011/35/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, respeitante às fusões das sociedades anónimas (“Directiva 2011/35”), alterada pela Directiva 2014/59/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014²⁸.

§ 9. Essa Directiva tipifica (va) um enquadramento geral para a recuperação e resolução de instituições de crédito bancário e de empresas de investimento financeiro. Esta Directiva procede à alteração da Directiva 82/891/CEE do Conselho, e as Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/EU, 2012/30/EU e 2013/36/EU e os Regulamentos (UE), n.º 1093/2010 n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho²⁹.

§ 10. Esta Directiva 2011/35 procedeu à revogação do antigo regime da fusão de sociedades que estava vazado da Terceira Directiva 78/855/CEE do Conselho, de Tratado CEE e atinente à fusão das sociedades anónimas, conforme alterada, pela última vez, pela Directiva 2009/109/CE Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009 (“Terceira Directiva”)³⁰.

²⁶ MARGARIDA CALDEIRA, “O Princípio da Pessoalidade da Responsabilidade Criminal e o Regime do n.º 8 do artigo 11.º do Código Penal”, *cit.*, pp. 158–189, que seguiremos de muito perto.

²⁷ CRISTIANO DIAS, “Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015”, *cit.*, *passim*, que seguiremos de muito perto.

²⁸ CRISTIANO DIAS, “Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015”, *cit.*, *passim*, que seguiremos de muito perto.

²⁹ CRISTIANO DIAS, “Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015”, *cit.*, pp. 646–648.

³⁰ Para maiores desenvolvimentos sobre as transformações societárias: CRISTIANO DIAS, *Direitos Especiais dos Sócios*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 351–355; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I – Parte Geral*, 3.ª edição, Ampliada e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 1125–1135; DIOGO COSTA GONÇALVES, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais – A Posição Jurídica*

§ 10. *Against this backdrop*, o TJUE decidiu um pedido de reenvio prejudicial num cenário jurídico de fusão por incorporação. Em sede do qual se oporou a uma transmissão universal do património activo e passivo da sociedade incorporada para a sociedade incorporante.

§ 11. Tratou-se de um processo em sede do qual o Tribunal do Trabalho de Leiria teve fundadas dúvidas se, no quadro normativo acima referido, se inclui a transmissão da responsabilidade pelo pagamento das coimas emergentes de natureza contra-ordenacional praticadas pela sociedade comercial incorporada antes dessa fusão³¹.

§ 12. O Tribunal de Justiça da União Europeia, ancorado no *critério da continuidade das relações jurídicas e económicas*, decidiu, por Acórdão datado de 5 de março de 2015 que, para dar uma resposta cabal à questão prejudicial é preciso determinar se a responsabilidade contra-ordenacional de uma sociedade comercial deve ser considerada parte integrante do património passivo dessa sociedade comercial incorporada relativamente a delitos praticados por esta antes da fusão³².

dos Sócios e Delimitação do Statuo Vitae, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 18 e ss; JOANA VASCONCELOS, *A cisão de sociedades*, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2001, pp. 78-88. Como é conhecido, a *cisão* de sociedades comerciais é o simétrico funcional inverso da *fusão*. *De tal facto se infere que* a cisão corporiza uma separação patrimonial realizada no horizonte funcional de uma sociedade comercial, que está na base da emergência de duas ou mais sociedades comerciais em substituição da sociedade comercial que efectua a operação de concentração societária. Pelo que uma sociedade comercial pode separar uma franja (um segmento) do seu património social para com ela proceder à constituição de uma outra sociedade comercial (i) *cisão simples*, (ii) dissolver-se e ulteriormente separar o seu património social, sendo cada um dos segmentos patrimoniais resultantes da operação de transformação societária se destinará a constituir uma nova sociedade comercial (*cisão-dissolução*, ou (iii) destacar segmentos substanciais do seu património social ou dissolver-se, dividindo equitativamente o seu património em mais de duas esferas patrimoniais, para as ulteriormente fundir (reunir) com sociedades comerciais já existentes (e a laborar intensamente no giro mercantil) ou com esferas patrimoniais do património social de outras sociedades comerciais, destacadas por similares processos e com finalidade idêntica (*cisão-fusão*). Em termos gerais, o processo estrutural (e funcionalmente) necessário para que se possa verificar uma cisão de sociedades comerciais é muito parecido com o processo de fusão de sociedades comerciais. Ver: PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.^a edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 898-904, que seguimos de muito perto.

³¹ CRISTIANO DIAS, “Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015”, *cit.*, pp. 646-648.

³² Considerando n.º 24 do Acórdão; CRISTIANO DIAS, “Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015”, *cit.*, pp. 646-648.

§ 13. Perante esta questão, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu, com recurso ao artigo 19.º, número 1 da Terceira Directiva, que a responsabilidade contra-ordenacional deveria ser considerada “património passivo da sociedade incorporada conduzindo necessariamente à sua transmissão para a sociedade incorporante em virtude da fusão”³³.

§ 14. A esta luz, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que se a responsabilidade (contra-ordenacional) não fosse transmitida da sociedade comercial incorporada para a sociedade comercial incorporante, enquanto parte integrante do património passivo da sociedade comercial incorporada, então a responsabilidade contra-ordenacional extinguir-se-ia, o que não seria admissível³⁴.

§ 15. Por essa razão, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, tendo como base o dogmático-jurisprudencial o critério da continuidade das relações jurídicas e económicas que a fusão por incorporação significa a transmissão, para a sociedade comercial incorporante, da obrigação de pagar uma coima aplicada por decisão definitiva, depois da referida fusão por incorporação, por delitos praticados no âmbito do direito do trabalho cometidas pela sociedade comercial incorporada antes da referida fusão³⁵.

§§ 3. A delimitação negativa do critério da continuidade das relações jurídicas e económicas que preside às operações societárias: os casos de fusão alavancada (os *leveraged buy-outs*)

§ 1. Por delimitação negativa, o critério da continuidade das relações jurídicas e económicas não se pode aplicar abstractamente às situações de fusão alavancada no âmbito das denominadas *leveraged buy-outs*³⁶.

³³ CRISTIANO DIAS, “Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015”, *cit.*, pp. 646-648.

³⁴ Considerando n.º 28 do Acórdão; CRISTIANO DIAS, “Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015”, *cit.*, pp. 641-672.

³⁵ CRISTIANO DIAS, “Da transmissão da responsabilidade contraordenacional na fusão por incorporação: análise crítica do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de março de 2015”, *cit.*, pp. 641-672.

³⁶ Na medida em que as fusões alavancadas (os *leveraged buy-outs*) têm várias parecenças jurídicas com a proibição de assistência financeira, de que falaremos de seguida. Essa proibição de assistência

§ 2. Os *leveraged buy-outs* desempenham um papel fundamental na concessão de auxílio financeiro (não raro: crédito) às sociedades comerciais, mesmo quando sob o seu manto diáfano se ocultam ardilosas engenharias financeiras que visam facilitar operações de reestruturação financeira e empresarial³⁷ que, não raro, se cifram numa chegada ao poder (da empresa) de um terceiro³⁸.

§ 3. A razão pela qual o critério da continuidade das relações jurídicas e económicas não se aplica à fusão alavancada (*leveraged buy-outs*) é, que ao contrário das restantes operações societárias (como a fusão, cisão e transformação), não se assiste à criação de um novo sujeito de direito que recebe o universo de relação jurídicas e económicas da sociedade incorporada. Pelo contrário.

§ 4. A fusão alavancada (*leveraged buy-outs*) trata-se de uma operação de cosmética de cariz societário sob cujo manto diáfano se oculta uma engenhosa aquisição financeira que visa garantir uma participação accionista maioritária³⁹ – ou total – de uma sociedade comercial no qual o custo da aquisição finan-

financeira, destina-se, como veremos melhor, a restringir quaisquer negócios de financiamento que acarretem a concessão de crédito por parte da sociedade comercial, não abrangendo qualquer outro tipo de negócios que, constituindo, em si mesmo tomado, um meio de assistência financeira, não corresponda, na realidade dos factos, a um crédito concedido pela sociedade comercial. Como exemplo de escola, oferece-se o caso do adiantamento para cumprimento de uma dívida. Ver: MARIANA DUARTE DA SILVA, “Assistência financeira no âmbito das sociedades comerciais”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano II, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 193-194, que seguimos de muito perto.

³⁷ Tem-se entendido, a propósito da Directiva 2006/68/CE, que o legislador que tipificou o regime de proibição de assistência financeira preceituou uma disposição de natureza genericamente proibitiva. Com uma ressalva importante: a proibição cinge-se à concessão de crédito. Deriva daqui uma conclusão lógica: a Directiva não proscreve (sequer proíbe) qualquer outra forma de assistência financeira em sentido amplo. Ver: JOÃO VENTURA, “A Directiva 2006/68/CE e o regime da assistência financeira: uma omissão ponderada ou uma oportunidade perdida?”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VIII 2016, número I, Coimbra, Almedina, 2016, p. 111.

³⁸ INÊS PINTO LEITE, “Da proibição de assistência financeira. O caso particular dos *leveraged buy-outs*”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, março 2011, Ano 3, Vol. 5, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 158 e ss, que seguimos de muito perto.

³⁹ INÊS PINTO LEITE, “Da proibição de assistência financeira. O caso particular dos *leveraged buy-outs*”, *cit.*, pp. 158 e ss, que seguimos de muito perto; PATRICK A. GAUCHAN, *Mergers, Acquisitions and Corporate Restructurings*, Nova Iorque, John Wiley & Sons, Inc., 1996, pp. 261 e ss; MIKE WRIGHT/LUC RENNEBOOG/TOMAS SIMONS/LOUISE SCHOLES, “*Leveraged Buyouts in the UK and Continental Europe. Retrospect and Prospect*”, in: *Journal of Applied Corporate Finance*, volume 18, n.º 3, 2006, pp. 38-55. Na doutrina espanhola: JOSE ANTONIO SÁNCHEZ DAFOS, “El efecto de la prohibición de asistencia financeira en las operaciones Forward Merger LBO en España el efecto de la reforma en Italia”, in: *RdS*, 24, Aranzadi, 2005, pp. 487-501.

ceira impende (total ou maioritariamente) sobre a própria sociedade comercial adquirida⁴⁰.

§ 5. As variantes práticas que esta engenhosa operação de engenharia financeira⁴¹ encerra são inabarcáveis⁴². Essas variantes práticas da fusão alavancada têm um denominador comum: é a própria sociedade comercial adquirida que suporta integralmente a operação económico-financeira da sua aquisição⁴³.

§ 6. Nessas circunstâncias, ocorre, naturalmente, um aumento exponencial das forças (e do universo material) de endividamento da sociedade comercial. Com uma consequência prática: propicia-se uma operação de alavancagem financeira com capitais próprios da sociedade comercial sobre o seu próprio património social⁴⁴.

§ 7. Destarte, quando se fala em *leveraged buy-outs* quer abarcar-se a realidade sócio-jurídica em torno da qual gravita a compra de empresas com uma utilização mínima de meios financeiros (capitais próprios ou capitais alheios)

⁴⁰ Sobre esta operação de assistência financeira (*leveraged buy-out*, ainda que noutro âmbito temático, HUGO LUZ DOS SANTOS, “A perda da qualidade de sociedade aberta (delisting de participações sociais): A tutela dos sócios minoritários, o direito de propriedade, e o dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais (com uma breve paragem em Macau e em Hong Kong)”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano 8, nr.º 4 2016, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 893-929; MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “*Going dark*: deliberação da assembleia geral e direito de exoneração”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VI 2014, números 3/4, pp. 589-590. Na doutrina alemã, no âmbito das transacções *Going Private*, KERSTIN GRUPP, *Going Private Transaktionen aus Sicht eines Finanzinvestors Spannungsfeld zwischen gesamtwirtschaftlichen Nutzen und Minderheitenschutz*, Augsburg, Universität Augsburg, 2006, pp. 13-17.

⁴¹ INÊS PINTO LEITE, “Da proibição de assistência financeira. O caso particular dos *leveraged buy-outs*”, *át.*, pp. 158 e ss, que seguimos de muito perto.

⁴² Os *leveraged buy-outs* podem revestir a forma de “*Management Leveraged Buy-Outs*”; “*Employee Buy-Outs*”; “*Family Buy-Outs*”; “*Management Leveraged Buy-In (s)*”, “*Investors Buy-Out (s)*”. Ver: LISA BUSHFORD, “*Leveraged buy-outs in UK*”, in: *European Venture Capital & Private Equity Journal*, 2003, pp. 8 e ss.

⁴³ INÊS PINTO LEITE, “Da proibição de assistência financeira. O caso particular dos *leveraged buy-outs*”, *át.*, pp. 158 e ss, que seguimos de muito perto.

⁴⁴ A proibição de assistência financeira abarca (em tese) todo o universo de negócios e actos da sociedade comercial que se traduzam na concessão de um crédito (independentemente da sua natureza), ou na prestação de garantias (pessoais ou reais), pela sociedade comercial a um terceiro. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 225-226.

por parte dos adquirentes e o máximo recurso ao endividamento da sociedade comercial adquirida⁴⁵.

§ 7. De tal facto se infere que, uma vez consumada a engenhosa operação societária de mesmidade financeira, o coeficiente de endividamentos, ou alavancagem financeira (que traduz uma relação dialógica entre dívidas e capitais próprios da sociedade comercial adquirida), aumenta de forma exponencial⁴⁶.

§ 8. Por essa razão, a doutrina tem associado, com razão, a fusão alavancada (*leveraged buy-outs*) à proibição de assistência financeira⁴⁷.

§ 9. Na medida em que o resultado material da engenhosa operação financeira (a fusão alavancada) é reconduzível ao efeito perverso que o legislador ordinário pretendeu, justamente, evitar: ser a sociedade comercial adquirida a suportar integralmente, com as forças do seu património social, o custo da sua própria aquisição financeira por parte de terceiros. Essa é fundamentalmente a razão pela qual se reconduz os casos de fusão alavancada (*leveraged buy-outs*) à proibição de assistência financeira⁴⁸.

§§ 3.1. **A delimitação positiva do critério da continuidade das relações jurídicas e económicas que preside às operações societárias: os casos de compra directa da empresa (*Asset Deals*) ou de compra de participações sociais (*Share Deals*)**

§ 1. Por delimitação positiva, subsume-se no desenho funcional do critério da continuidade das relações jurídicas e económicas as situações típicas em que a empresa figura como objecto de negócios.

⁴⁵ INÊS PINTO LEITE, “Da proibição de assistência financeira. O caso particular dos *leveraged buy-outs*”, *cit.*, pp. 158 e ss, que seguimos de muito perto.

⁴⁶ INÊS PINTO LEITE, “Da proibição de assistência financeira. O caso particular dos *leveraged buy-outs*”, *cit.*, pp. 158 e ss, que seguimos de muito perto.

⁴⁷ INÊS PINTO LEITE, “Da proibição de assistência financeira. O caso particular dos *leveraged buy-outs*”, *cit.*, pp. 158 e ss, que seguimos de muito perto.

⁴⁸ INÊS PINTO LEITE, “Da proibição de assistência financeira. O caso particular dos *leveraged buy-outs*”, *cit.*, pp. 158 e ss. Na doutrina italiana, LUDOVICO E. RUSCONI, “Italy enacts new regulation on financial assistance”, in: *Baker & McKenzie*, 2008, pp. 7 e ss; UMBERTO PIATTELLI, “Le recenti modifiche agli articoli 2357 e 2358 del Codice Civile: Nuove Opportunità per le Operazioni di Leveraged Buy Out?”, in: *Il Nuovo Diritto Delle Società*, 12, 2009, pp. 68-78.

§ 2. Designadamente, nas situações típicas de compra directa da empresa (*Asset Deals*)⁴⁹ ou de compra de participações sociais (*Share Deals*)⁵⁰.

§ 3. Que se situa *fora* do âmbito funcional (raio de acção típica) dos casos em que a forma específica de aquisição societária se caracteriza pela transferência (total ou parcial) do custo de aquisição financeira para a sociedade comercial adquirida⁵¹.

§ 4. De tal facto se infere que é possível aplicar o critério da continuidade das relações jurídicas e económicas nestas situações típicas, independentemente do facto de na sequência de um negócio sobre a empresa (de compra directa

⁴⁹ M. NOGUEIRA SERENS, “A equiparação de *share deal* a *asset deal* no direito alemão”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 8, vol. 16 2016, março 2016, Coimbra, Almedina, 2016, *passim*, que seguimos de muito perto.

⁵⁰ A doutrina alemã tem vincado a *opinio iuris* segundo a qual a compra da totalidade das participações sociais deve ser tratada (sócio-juridicamente) como se o património de respectiva sociedade comercial tivesse sido objecto (directo e actual) de compra por parte de terceiros envolvidos no negócio em apreço. Ver: D. ZIMMER, “Der Anwendungsbereich des Sachmängel-Gewährleistungsrechts beim Unternehmenskauf – Plädoyer für eine Neubestimmung”, in: *Neue Juristischen Wochenschrift*, 1997, pp. 2346 e ss e *passim*, que seguimos de muito perto; R. BERGJAN, *Die Auswirkungen der Schuldrechts Reform 2002 auf den Unternehmenskauf*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 278 e ss e *passim*, que seguimos de muito perto; CLAUS WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 24. Auflage, München, C. H. Beck, 2006, pp. 138 e ss, que seguimos de muito perto; KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht-Unternehmensrecht*, I, 6. Auflage, München, C. H. Beck, 2014, pp. 158 e ss e *passim*, que seguimos de muito perto. O acórdão do BGH de 4 de abril de 2001 delimitou o raio de alcance típico da aplicação do regime de garantia de vícios materiais vazado nos §§ 459 s do BGB, que é atinente à compra da empresa (*asset deal*). A doutrina portuguesa já se pronunciou sobre este temário. Fê-lo nos seguintes termos: o comprador deve ter em mente a função eminentemente garantística que está acoplada à sua posição jurídica no negócio em apreço. Destarte, o comprador deve examinar cuidadosamente o objecto do negócio: a empresa que pretende adquirir. Fazendo-o, o comprador deve usar da máxima diligência no que tange à descoberta de eventuais vícios materiais de que a empresa possa estar enfermada e agir em conformidade. Ver: ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, “Compra e venda de empresa”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 137.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 77 e ss e *passim*, que seguimos de muito perto; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “A empresa como objecto de negócios, “Asset Deals” versus “Share Deals”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 68, vol. II/III, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 753 ss e *passim*, que seguimos de muito perto.

⁵¹ JÉSSICA RODRIGUES FERREIRA, “A proibição de assistência financeira para aquisição de acções próprias”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, ano 8, vol. 15, 2015, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 59-91 (*passim*), que seguimos de perto; INÊS PINTO LEITE, “Da proibição de assistência financeira. O caso particular dos *leveraged buy-outs*”, *cit.*, pp. 158 e ss, que seguimos de muito perto; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “A empresa como objecto de negócios, “Asset Deals” versus “Share Deals”, *cit.*, pp. 715-793 (*passim*).

da empresa (*Asset Deals*) ou de compra de participações sociais (*Share Deals*) sobrevier uma fusão, cisão ou transformação.

§ 5. Na medida em que a aquisição de todas as participações sociais de uma sociedade comercial adquirida não pode deixar de ser (jurídica e funcionalmente) equiparada à aquisição de empresa explorada por essa sociedade comercial⁵².

§ 6. Destarte, finalidade subjacente à compra da totalidade das participações sociais foi a de tomar o controlo da sociedade comercial adquirida. Na medida em que negócio sobre a empresa teve como objectivo primacial a transferência da posição de domínio da empresa para a sociedade comercial adquirente⁵³.

§ 7. Por essa razão, a empresa adquirida transita (pela aquisição da totalidade das participações sociais da sociedade comercial adquirida) para a esfera jurídica da sociedade comercial adquirente com a mesma configuração jurídica e económica. Donde a verificação do critério da continuidade das relações jurídicas e económicas.

§ 8. A esta luz, é irrelevante que a seguir ao negócio sobre a empresa haja ou não lugar uma fusão, cisão ou transformação. De novo se compreende porquê: a empresa adquirida é, do ponto de vista económico-jurídico, exactamente a mesma. Na medida em que a empresa adquirida é exactamente a mesma.

§ 9. Por conseguinte, deve aplicar-se o regime jurídico da imputação da responsabilidade penal e patrimonial pela verificação do critério da continuidade das relações jurídicas e económicas.

§ 10. Em síntese, o critério da continuidade das relações jurídicas e económicas constitui um contributo indelével para a responsabilidade penal das pessoas colectivas que proponho para a parte geral do Código Penal de Macau⁵⁴.

⁵² M. NOGUEIRA SERENS, “A equiparação de *share deal* a *asset deal* no direito alemão”, *cit.*, *passim*, que seguimos de muito perto.

⁵³ M. NOGUEIRA SERENS, “A equiparação de *share deal* a *asset deal* no direito alemão”, *cit.*, *passim*, que seguimos de muito perto.

⁵⁴ HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: Subsídios para a Criação de um Modelo Misto de Auto-Responsabilidade na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Lisboa, AAFDL, 2023, pp. 1-1600, que seguimos de muito perto.

§ 11. Não só não se ofende o princípio da pessoalidade das penas, como, e sobretudo, se evita as situações de *fraude à lei* em sede das quais os administradores da sociedade comercial ou entidade equiparada fundida, cindida, transformada ou transferida criariam uma nova entidade colectiva com o objectivo primacial de se eximir à responsabilidade penal emergente de factos ilícitos – típicos anteriores praticados pela pessoa colectiva fundida, cindida, transformada ou transferida na sequência de um “negócio sobre a empresa”⁵⁵.

⁵⁵ M. NOGUEIRA SERENS, “A equiparação de *share deal* a *asset deal* no direito alemão”, *cit.*, *passim*, que seguimos de muito perto. O § 453 Abs. 1 BGB, na sua nova redacção, pôs fim a uma acesa controvérsia judicial que calcorreou décadas e sobre a qual se derramaram “rios de tinta jurídica”. Essa importante disposição legal preceitua que se estendem à compra de empresas o regime jurídico das garantias dos vícios da compra de coisas. Ver: S. SCHRÖCKER, “Unternehmenskauf und Anteilskauf nach der Schulrechtsreform”, in: ZGR, 2005, pp. 68 e ss e *passim*, que seguimos de muito perto; M. STÖBER, *Beschaffheitsgarantien des Verkäufers*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, pp. 243 e ss e *passim*, que seguimos de muito perto.

A prova está online: a necessidade de um novo conceito de consumidor trazido pela prova digital e os perigos da prova diabólica na esfera do consumo

ISA MEIRELES*

SUMÁRIO: 1. Introdução: 1.1. O conceito de consumidor; 1.2. A legislação do consumo; 1.3. Os pressupostos do conceito de consumidor no âmbito do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial: 1.3.1. A importância da informação pré-contratual; 1.4. Os mercados digitais e a influência na realidade do consumo: 1.4.1. As redes sociais no sentido lato; 1.4.2. As plataformas digitais, em particular: as plataformas de divulgação de alojamento; 1.4.3. O caso específico do facebook como uma rede social que conjuga diversos tipos de consumidores e vendedores. 2. Proteção de dados pessoais vs. proteção do consumidor: que direitos devem prevalecer? 3. A prova digital na compra de bens e serviços digitais. Considerações finais.

1. Introdução

Contratamos facilmente. Atualmente é raro o dia em que não realizamos contratos à distância: seja com a máquina de *vending*, seja com a portagem, seja com uma simples descarga online. Tornamo-nos consumidores digitais em massa, realidade que tem vindo a evoluir ao longo dos anos.

Sucedem que, com o advento tecnológico, a facilidade com que contratamos é, também, o advento de perigos que sempre surgiram e que são agravados

* Advogada | Professora Convidada (Escola de Direito da Universidade do Minho) | Professora Auxiliar (Universidade Lusófona) | Doutora em Ciências Jurídicas Privativas | Mestre em Direito | Formadora | Investigadora do JUSGov e do CEAD.

dos por uma possibilidade de eliminação, adulteração e falsificação a um nível informático.

Assim, falando em comunicação verbal e não verbal, contratando através de imagens (gif's, emojis, emojis) e pela gravação (pensemos no caso dos clips de voz), é urgente que haja, também, uma adequação dos conceitos à realidade digital em que se vive (e se continuará a viver).

Não podemos, assim, ficar alheios à prova, pois a tutela daquele que se diz ser parte mais fraca tem que, sem sombra de dúvida, ser uma tutela eficaz.

1.1. *O conceito de consumidor*

O conceito de consumidor¹ tem variado ao longo dos anos, sendo subjetiva a sua definição, dependendo da legislação que objetivamente se aplique ao caso em apreço.

Segundo Jorge Morais Carvalho², “[o] conceito de consumidor tem como função principal delimitar o âmbito de aplicação (subjetivo) de vários regimes jurídicos. Como não existe um conceito único, a nível nacional e internacional, é necessário perceber em cada caso qual o âmbito subjetivo do diploma em causa”³.

A verdade é que nem todos os diplomas que tratam da matéria do consumo contêm, em si mesmos, uma definição daquilo que deve ser entendido como consumidor. No entanto, nesses casos, existe a necessidade de se recorrer à definição constante na Lei da Defesa do Consumidor, sendo que, nesta Lei n.º 24/96, de 31 de julho, no seu artigo 2.º⁴, é-nos dada a seguinte definição de consumidor: “[todo] aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

A interpretação deste conceito vai ser, de facto, o ponto de partida para a matéria que nos propusemos a tratar.

¹ Para uma análise mais detalhada sobre o conceito de consumidor veja-se BAPTISTA DE OLIVEIRA, FERNANDO, *O Conceito de Consumidor – perspetivas Nacional e Comunitária*, Coimbra, Almedina, Novembro de 2009.

² CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*. 3.ª Edição, Lisboa, Almedina, Janeiro de 2016.

³ CARVALHO, JORGE MORAIS, *idem* p. 17.

⁴ Veja-se, mais exaustivamente, CALVÃO DA SILVA, JOÃO, *Venda de bens de consumo – Revista, Aumentada e Atualizada*. 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, Maio de 2010.

Assim, é claro que o conceito de consumidor e a realidade subjacente às relações de consumo apresentam, há alguns anos a esta parte, uma associação ao “[maior] grupo económico a atuar no mercado, sendo influenciados por (e influenciando) todas as decisões tomadas a este nível”⁵. A proteção dos consumidores e a associação desta relação de consumo a um fomento inequívoco do mercado te vindo a assumir crucial relevância em razão do “[desequilíbrio] que está na base da relação de consumo”⁶.

Assim, parece-nos, salvo melhor opinião, crucial informar que o consumidor será (à partida) havido como a parte mais fraca da cadeia contratual. A este respeito, quer doutrinal, quer jurisprudencialmente já têm sido diversas as pronúncias que, após uma apreciação naturalmente casuística, concluem que nas relações de consumo se parte da consideração de que o consumidor é, de facto, a parte mais fraca da cadeia contratual⁷⁻⁸.

Claro que a visão que o consumidor tinha no surgimento da sua tutela não pode ser a mesma com a qual nos deparamos nos dias correntes. Repare-se que o comércio, no antigamente, era o comércio tradicional associado a vendedores e consumidores que se cruzavam presencialmente e que negociavam e tramitavam os seus contratos com este cunho pessoal, de um contacto direto entre os sujeitos contratuais.

Com a evolução tecnológica e o advento de novos tipos de comércio sentiu-se a necessidade de, na própria legislação, existir esta evolução ao nível da proteção do consumidor.

⁵ CARVALHO, JORGE MORAIS, ob.cit. p. 13.

⁶ CARVALHO, JORGE MORAIS, Os contratos de consumo – Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Março de 2011, p. 11.

⁷ A título meramente exemplificativo, e a propósito do crédito ao consumo, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 09 de Julho de 2015, cujo relator é Maria do Rosário Morgado, onde consta que “[é] patente a desigualdade de meios neste tipo de contrato de crédito ao consumo, revelando-se os consumidores a parte mais fraca”.

⁸ A respeito da questão dos créditos ao consumidor veja-se que também doutrinalmente a tutela da proteção da parte mais fraca – como sendo o consumidor – surge com bastante preponderância entre nós. Luís de Lima Pinheiro afirma que “[e]ntende-se por “contratos celebrados por consumidores” aqueles que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua actividade profissional, bem como os contratos destinados ao financiamento desse fornecimento. Esta definição corresponde à empregue no art. 13.º da Convenção de Bruxelas Relativa à Competência Judiciária e Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, e deve ser interpretada do mesmo modo, à luz da finalidade de protecção da parte mais fraca”, PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável às operações bancárias internacionais”, consultado na internet através do URL https://www.oa.pt/conteudos/artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=64444&ida=64482, a 20 de Abril de 2018.

A verdade é que, a evolução tem ocorrido com tamanha velocidade que, muitas das vezes, urge levantar a questão: estará, efetivamente, o consumidor tutelado à luz das intenções do legislador em garantir que a parte mais fraca desta cadeia contratual não ficará sem proteção?

1.2. *A legislação do consumo*

A legislação que tutela o direito do consumo é diversa, sendo que, entre nós, optaremos por destacar a Lei da Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial (Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro), Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro), Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770 e Contratos de crédito aos consumidores (Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho).

Cumprе de imediato menção que a tutela primordial dos direitos dos consumidores surge, desde logo, na nossa Constituição da República Portuguesa, designadamente no artigo 60.º da mesma sob a epígrafe “[direitos] dos consumidores”.

A verdade é que o conceito de consumidor, apesar de tendencialmente uniformizador, vai tendo algumas variações dependendo da legislação que se aplique à relação de consumo a tutelar.

No que respeita à Lei da Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de julho), o conceito de consumidor, sempre preenchido por quatro âmbitos cumulativos, apresenta-se como um conceito amplo. Veja-se que no artigo 2.º da referida Lei de Defesa do Consumidor será considerado “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Por sua vez, no que concerne com os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial (Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro), o âmbito subjetivo da noção de consumidor já tem oscilações. Se na Lei da Defesa do Consumidor esta definição se pautava por uma ampla abrangência de todo e qualquer sujeito – fosse ele pessoa singular ou pessoa coletiva – no que respeita a este Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, designadamente no artigo 3.º alínea c), é considerado consumidor “[a] pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

Assim, e continuando, apreciando a legislação relativa às Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de outubro) apercebemo-nos de que este Decreto-Lei não contém nenhuma definição de consumidor. Sendo que, quando exista a situação de dúvida na aplicação do mesmo, e existindo um preenchimento do conceito de consumidor à luz da Lei da Defesa do Consumidor, desde logo, não nos causará estranheza a sua aplicação.

No que concerne com a legislação que regula Venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril), agora já revogada pelo Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770, o conceito de consumidor encontra-se consagrado no seu artigo 2.º, g), com uma visão mais restrita, de que será “[uma] pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

Por fim, no relativo aos contratos de crédito aos consumidores (Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho), o artigo 4.º deste Decreto-Lei indica, no seu n.º1 alínea a), que será tido como consumidor “a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional”.

Apesar da existência de uma variação no conceito de consumidor o que é certo é que os quatro âmbitos⁹, com maiores ou menores diferenças, acabam por ser todos tutelados: (i) o âmbito subjetivo; (ii) o âmbito objetivo; (iii) o âmbito teleológico e, por fim, (iv) o âmbito relacional.

No entanto, cumprirá desde já fazer a breve referência a que o comércio eletrónico, mais propriamente o comércio que se origina por via do face-book é subsumível ao conceito de consumidor que deriva do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, onde é tratada a matéria dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, dado que estamos a falar da contratação na internet.

Claramente que a intenção legislativa plasmada em cada uma das legislações referidas se pauta com a proteção da parte mais fraca de tipos contratuais que convergem num ponto em comum: são passíveis de configurar e de preencher o conceito de contrato de consumo.

O modo da formação destes contratos e a especial característica no lado do comprador/adquirente/beneficiário, ou, vulgo, consumidor leva a que tenha que existir uma ponderação mais vertida na lógica da proteção de quem, na

⁹ Para aprofundamento desta matéria ver CARVALHO, JORGE MORAIS, Manual de Direito do Consumo, ob.cit., pp. 18 a 23.

cadeia contratual, será, ainda que aparentemente e com possibilidade de ilidir essa presunção, a parte mais fraca.

1.3. *Os pressupostos do conceito de consumidor no âmbito do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial*

Analisando-se o Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, vemos que, no seu artigo 3.º alínea b), nos são fornecidas diversas definições relevantes que nos vão permitir excluir ou aplicar o regime jurídico que deriva desta legislação.

No que concerne com o conceito de consumidor vemos que, de facto, para a aplicação subjetiva deste Decreto-Lei, teremos que nos encontrar perante um consumidor que seja (i) pessoa singular; (ii) que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. Não obstante os âmbitos deste conceito serem subsumíveis a apenas dois requisitos, nunca poderá ser olvidado o recurso à definição da contraparte do contrato celebrado, ou seja, do vendedor: assim, nos termos da alínea f) do artigo em análise, refira-se, o “fornecedor de bens ou prestador de serviços”.

Não importa se estamos perante o preenchimento dos elementos da alínea b) se este consumidor não se encontrar perante (iii) pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, (iv) que, num contrato com um consumidor, (v) atue no âmbito da sua atividade profissional ou através de outro profissional, que atue em seu nome ou por sua conta.

A análise deste conceito é absolutamente relevante porquanto a matéria sob a qual nos propomos debruçar apresenta “[problemas] jurídicos específicos mais relevantes, em especial no que respeita à possível deslocalização dos contraentes”¹⁰.

Atento o exposto, assume-se crucial indicar que a relação que se crie derivada da internet, mais propriamente das redes sociais, será enquadrável, salvo exceções, no âmbito dos contratos celebrados à distância.

O artigo 3.º alínea f) do Decreto-Lei em análise diz-nos que é subsumível e enquadrável no conceito de contrato celebrado à distância aquele que é “[celebrado] entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a

¹⁰ CARVALHO, JORGE MORAIS, *idem*, p. 159.

utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração”.

1.3.1. A importância da informação pré-contratual

Situando-nos no âmbito dos contratos celebrados à distância destaca-se como absolutamente crucial o fornecimento de informação pré-contratual adequada e informativa, conforme dispõe o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 24/2014 de 14 de fevereiro.

Sucedo, porém, que a evolução da contratação eletrónica tem vindo a fazer-nos perder de vista a importância desta informação pré-contratual¹¹, surgindo uma certa contratação camuflada que visa, tão só, afastar o preenchimento do conceito de consumidor e, conseqüentemente, da aplicação do Decreto-lei em análise, o que tem como consequência a desproteção do consumidor na contratação à distância.

A informação pré-contratual que surge com obrigatoriedade neste tipo contratual deve ser sempre prestada “em tempo útil e de forma clara e compreensível”.

A verdade é que, apesar do elenco de informação pré-contratual que é exigível a qualquer fornecedor de bens ou prestador de serviços, esta aplicação é, a nosso ver, facilmente contornável, porquanto o desconhecimento de quem se encontra do outro lado do ecrã, a despersonalização e falta de elementos de prova, levam a que, de forma facilitada, seja afastado o conceito de fornecedor de bens.

Pensemos, facilmente, no caso de uma pessoa¹² que exercendo pacificamente a sua atividade profissional se regista na rede social facebook a título singular, e se inscreve no marketplace para vender os mesmos produtos que fazem parte da sua atividade profissional.

A verdade é que o consumidor, como desconhece quem é, de facto, o vendedor do bem, vendo um facebook pessoal, sem qualquer atividade profissional, mas apenas lazer, estará formalmente a contratar com um mero sujeito desprovido de qualquer âmbito de atividade profissional.

Materialmente, e a nosso ver, a contratação que subjaz é uma contratação cuja prova terá que ser ilidida. No entanto, parece-nos absolutamente despro-

¹¹ Veja-se a respeito da análise da matéria dos contratos celebrados à distância CARVALHO, JORGE MORAIS E PINTO FERREIRA, JOÃO PEDRO, “Contratos Celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial”, in I Congresso do Direito do Consumo, Lisboa, Almedina, 2016, p.95.

¹² Seja ela singular ou coletiva.

porcional exigir ao consumidor que, caso queira, prove que a pessoa que lhe é desconhecida possa ser enquadrável no conceito de fornecedor de bens avançado pelo Decreto-Lei n.º 24/2014 de 14 de fevereiro.

Relembremos que esta contratação à distância, realizada através de redes sociais, leva a que a figura do consumidor fique ainda mais desprotegida, porquanto o exercício dos respetivos direitos estará sempre sujeito à informação (que poderá não ser verdadeira) disponibilizada numa página pessoal. E, ademais, estará sempre sujeito à manutenção do registo ativo na rede social.

Perante tudo isto, cremos que a obrigação de prestação de informação pré-contratual, a que o consumidor terá, sempre, direito, deveria abranger, no caso das redes sociais, e com as necessárias adaptações, a identificação de todos aqueles que quisessem adotar qualquer atividade no âmbito deste tipo de comércio. De facto, a linha que separa o uso profissional da figura que se encontra a fornecer um bem pode não ser facilmente ultrapassável¹³.

1.4. *Os mercados digitais e a influência na realidade do consumo*

A contratação e o modo de contratação evoluiu: e isto terá, naturalmente, que ser ponto assente no nosso estudo. Os mercados não são o vulgar mercado tradicional e, atualmente, existe efetivamente um incremento de novos mercados digitais e influências para o contributo de um novo conceito de consumidor.

Veja-se que todos os conceitos que referimos são conceitos cuja alteração legislativa não afetou nenhum dos moldes da sua redação. A questão que desde já se levanta é a que se relaciona com a evolução do modo de contratar, a própria criação de novos mercados e, em contrapartida, a inexistência de qualquer alteração no conceito da parte mais fraca dessas mesmas relações.

Destaque-se ainda que os mercados digitais, pelos próprios perigos conexos à internet, acabam por ser mais propiciadores de uma desproteção do consumidor – que, a nosso ver, e salvo melhor opinião, não mais pode ser entendido na sua vertente tradicional.

¹³ A propósito da proteção do consumidor no comércio eletrónico veja-se BARBIERI, DIOVANA. *A Proteção do consumidor no comércio eletrónico*, Lisboa, Editorial Jurua, 2013.

Sabemos que um dos meios de formação de um contrato à distância¹⁴ é o contrato que é celebrado através da internet e que, naturalmente, se associa ao comércio eletrónico¹⁵ e, foquemos agora o âmbito do nosso estudo.

1.4.1. *As redes sociais no sentido lato*

A contratação eletrónica implica, naturalmente, a abertura de novos mercados digitais onde existe a propensão para a prática de contratos de consumo. Um destes mercados, e a nosso ver muitíssimo pertinente, é o mercado que se cria com as redes sociais.

As redes sociais são muitas vezes manipuladas por influencers que, através do seu número de seguidores, conseguem atingir um determinado número de potenciais consumidores, vocacionando-os para a atração da publicidade que demandam. E, por outro lado, as próprias redes sociais, através dos seus algoritmos, conseguem perceber quais as propensões do consumidor para a contratação.

Além disso, são inúmeras as ferramentas e a facilidade na contratação eletrónica associada a mercados sociais, mais concretamente às redes sociais. Em muitos casos é permitido criar perfis profissionais onde há, efetivamente, a divulgação de uma marca. Mas, noutros casos, existe a possibilidade de através do seu perfil individual publicitar vendas. A questão colocar-se-á, predominantemente, neste modelo de contratação: perfis particulares cuja identidade não é minimamente controlada anunciam, seja na sua própria página de facebook, seja em grupos, seja no marketplace, vendas online. Que tutela para o consumidor?

Sabemos que, por estarmos perante o comércio eletrónico, teremos que aplicar e que interpretar o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro. No entanto, não poderemos olvidar que o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, relativo aos contratos celebrados à distância,

¹⁴ Que é “[um] contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração” conforme definição vertida no artigo 3.º alínea f) do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro.

¹⁵ A este respeito ver CARVALHO, JORGE MORAIS, Os contratos de consumo – Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Março de 2011, pp. 141 e ss.

também poderá estar preenchido nos casos em que se envolvem contratos celebrados na internet.

Claro que, conforme já mencionado supra o âmbito subjetivo de aplicação do diploma, relacionado com o conceito de consumidor, terá sempre que ser respeitado. Mas a par disso, teremos sempre que apreciar o efetivo conceito de contrato celebrado à distância que é o contrato “[celebrado] entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração”, conforme artigo 3.º alínea f) do Decreto-Lei em análise.

Se um qualquer contrato à distância já é pautado pela vulnerabilidade e fragilidade na proteção do consumidor que desconhece efetivamente a realidade subjacente quer à identidade do vendedor quer à efetiva qualidade e características dos produtos, repare-se, agora que o fomento de mercados digitais que não garantem a real e efetiva identidade dos seus utilizadores leva a que, naturalmente, o consumidor fique à mercê destas redes.

A par do problema da identidade, que a nosso ver é de difícil ultrapassagem, mas colmatável, a verdade é que a aplicação do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, fica muito aquém quando confrontada nas redes sociais. Desde logo porque uma das garantias que visam tutelar a proteção da parte mais fraca¹⁶ é a informação pré-contratual a ser prestada pelo vendedor ao consumidor nos termos do artigo 4.º do referido diploma legal.

Se a informação pré-contratual foi consagrada como um mecanismo de tutela pelo legislador, no âmbito do comércio tradicional, em função do consumidor, a verdade é que atualmente com o surgimento de novos mercados (principalmente os digitais) a importância desta informação pré-contratual acaba por ser relegada para segundo plano¹⁷.

O artigo 4.º do Decreto-Lei, a nosso ver, nos moldes circunstanciais apreciados sob a análise do comércio eletrónico é de muito difícil controlo de aplicação, porquanto no comércio através de redes sociais existe, desde logo, o dito desconhecimento da identidade real das pessoas, bem como, além disso, o conceito de fornecedor de bens como alguém que se dedique profissionalmente a esse comércio poderá ser afastado propositadamente.

¹⁶ Ou seja, do consumidor.

¹⁷ Veja-se a respeito da análise da matéria dos contratos celebrados à distância CARVALHO, JORGE MORAIS e PINTO FERREIRA, JOÃO PEDRO, *Contratos Celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial*, in I Congresso do Direito do Consumo, Lisboa, Almedina, 2016, p.95.

Foquemo-nos, agora, na apreciação do marketplace¹⁸ que é uma possibilidade de adesão facilitada fornecida pelo Facebook aos seus utilizadores. E coloquemo-nos na veste de consumidor que, em face da impossibilidade de conhecimento efetivo da titularidade e identidade dos utilizadores que aderem à rede social poderão nunca conseguir saber que a proposta contratual emitida por um utilizador está a sê-lo no âmbito da sua atividade profissional ou se, por sua vez, é um utilizador a nível não profissional. E repare-se que esta linha é, de facto, muito ténue e, em função do modo como o conceito de consumidor está construído, muito fácil poderá ser afastado o preenchimento do elemento relacional.

Se esta desproteção é verificável, ou seja, há a possibilidade de se afastar o preenchimento da noção de consumidor pela simples manipulação da inscrição de utilizadores na rede, é certo que a evolução do comércio eletrónico veio, então, colocar o consumidor numa posição mais vulnerável.

O que é certo é que esta posição mais vulnerável não se justifica apenas pelo facto de existir meios de manipulação da inscrição dos utilizadores, como também pela possibilidade de falta de veracidade na identidade dos mesmos. O problema consegue ultrapassar estas questões quando se alia a política de algoritmos subjacentes à procura da vontade do consumidor, manipulando as sugestões que aparecem no facebook e, assim, contendendo com a vontade em contratar.

Claramente que, perante todas as questões suscitadas, urge suscitar a questão: e que responsabilidade incumbirá à rede social na proteção do consumidor? Afinal de contas estamos a falar de uma rede social que lucra com os utilizadores nela inscritos e que, através dos seus próprios meios, consegue ser influenciador da vontade em contratar do consumidor (lidando com as suas buscas recentes e seguindo a sua pegada digital).

Em face do exposto, não será despiciendo afirmar que, de facto, estes contratos celebrados à distância, mais concretamente através de redes sociais, se encontram desprovidos de uma tutela efetiva do consumidor. Se, por um lado, a facilidade do mercado digital na contratação é um admirável mundo novo, a verdade é que, ao invés, a tutela conferida ao consumidor pela rede social não é nenhuma e, muitas vezes, poderá nem conseguir preencher o elemento relacional, relativo à posição de intervenção do vendedor, vendo afastadas as suas garantias enquanto putativo consumidor.

¹⁸ O marketplace é apresentado pelo facebook como um atalho que permite que os utilizadores descubram, comprem e vendam artigos na sua comunidade, aliás, o seu modo de apresentação é “Descobre, compra e vende artigos na tua comunidade”.

1.4.2. *As plataformas digitais, em particular: as plataformas de divulgação de alojamento*

Já temos vindo a debater a temática do alojamento local na perspetiva da desproteção do consumidor¹⁹, isto porque, as plataformas digitais de incremento de divulgação de habitações acabam por ser pautadas pela existência de cláusulas contratuais gerais onde, muitas vezes, a própria plataforma deixa clausulado (e clarificado) a sua irresponsabilidade perante algumas situações que sejam desvantajosas para o consumidor.

Conforme pacificamente se compreenderá o fornecimento de alojamento, seja em que moldes for, implicará sempre uma correspondência entre duas obrigações: por um lado, a prestação de um serviço (seja de fornecimento de bens com, ou não, prestação de serviços por exemplo de limpeza) e, por outro lado, existe a contraprestação do pagamento de uma remuneração, a dita contrapartida patrimonial para o efeito. A verdade é que existindo este sinalagma entre as obrigações, que já por si é integrante de uma relação complexa, apresenta complicações quando, por sua vez, é integrada num comércio digital.

Na realidade do alojamento, ainda que além das redes sociais, os problemas suscitados na apreciação daquelas serão similares aos já suscitados, apenas com alguns contornos muito propícios da matéria do alojamento.

A questão que sempre se vai suscitar é que os meios de divulgação e de contratação – as ditas plataformas digitais – não apresentam, hoje, nenhuma tutela idónea para o consumidor que recorre às mesmas para a celebração dos contratos que entender. E é exatamente por esta incongruência que deturpa – seriamente – a vontade do legislador em tutelar a parte mais fraca da relação contratual que entendemos que o caminho passará: a responsabilização, direta, dos próprios mercados digitais, ou melhor, das plataformas digitais que não são simplesmente o meio de contratação mas, por outro lado, são também sustentados financeiramente pelo incremento de visualizações e negociações que nelas opera. Assim, existindo uma vantagem pela utilização das mesmas, não poderá ser despciendo afirmar que terão que assumir uma tutela mais efetiva dos direitos dos consumidores.

1.4.3. *O caso específico do facebook como uma rede social que conjuga diversos tipos de consumidores e vendedores*

As opções para registo no Facebook são inúmeras, efetivando-se o mesmo, regra geral, através do fornecimento de um e-mail, contacto telefónico e

¹⁹ MEIRELES, ISA, ob.cit. pp. 167 e ss.

preenchimento dos respetivos dados. A verdade é que não existe qualquer garantia que os referidos dados são verdadeiros e, por sua vez, poderemos estar perante uma consecutiva prestação de informação falsa e utilizada apenas para um “registo online”. Claramente que estamos a falar de atuações suscetíveis de desencadear uma responsabilidade criminal. No entanto, é muito difícil perseguir-se esta pegada.

Nessa medida, a figura que padece e fica à mercê da veracidade de uma informação que encontra num ecrã, é, naturalmente, o consumidor.

No facebook podemos encontrar páginas pessoais, páginas tendentes ao fomento de um negócio (sem, necessariamente, termos acesso a quem é, de facto, o seu administrador) e, ainda, grupos destinados a venda de artigos, a que qualquer perfil (falso ou não) poderá aderir.

Mais recentemente, vimos que o facebook disponibilizou a chamada figura do marketplace em que qualquer utilizador pode, sem qualquer informação adicional, disponibilizar bens para venda que, através de um simples click, são disponibilizados para todos os membros do facebook.

Enquanto o objetivo da criação do marketplace é a facilitação e chamamento de mais utilizadores no facebook, a verdade é que, a nosso ver, com a criação deste tipo de comercialização “facilitada”, existe uma dificuldade da proteção que deve ser granjeada ao consumidor.

O simples facto de qualquer perfil, falso ou verdadeiro, poder lançar mão de um convite a contratar, sem mais, através do simples upload de uma fotografia do bem, sem existência de um escrutínio que afira se o uso do fornecedor de bem é um uso profissional ou verdadeiramente pessoal, coloca em risco a tutela do consumidor que temos vindo a batalhar no decurso dos tempos.

A simplicidade do regime da contratação à distância pode ser brutalmente afastada com estes perfis e este tipo de comércio não verificado, nem tão pouco escrutinado. As políticas de venda têm de acompanhar o conceito do consumidor e tutelar o mesmo.

Se a legislação em vigor leva a que o conceito de consumidor se preencha num duplo sentido (os elementos integrantes da própria pessoa compradora e, por sua vez, os elementos integrantes da contraparte – fornecedor de bens), impõe-se, no mínimo, que a rede social em questão assuma uma maior dificuldade no acesso à venda online, através da previsão da obrigatoriedade de um maior preenchimento de dados pessoais dos utilizadores, com necessidade de exposição da profissão de cada um, e com um regime de prova associado. Além disso, a nosso ver, existe a necessidade de alcançar que a permanência na rede social não se frustre com um simples “cancelar conta” ou “eliminar conta”, que levam a que qualquer direito de arrependimento ou reclamação fiquem impossibilitados perante a eliminação do rasto do sujeito do sujeito contratual.

2. **Proteção de dados pessoais vs. proteção do consumidor: que direitos devem prevalecer?**

Perante todo o exposto, existe, inegavelmente, a importante necessidade de tutelar o consumidor no sentido de evitar que os facilitismos contratuais sejam tábua rasa da desproteção do consumidor.

Percebemos a importância da tutela e preservação de dados pessoais por parte de, por exemplo, o facebook. No entanto, não conseguimos aceitar que o acesso à rede social possa ser realizado através de falsa informação, criada única e exclusivamente com o intuito de passar despercebido online.

O Regulamento (União Europeia) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, é relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), tendo assegurado a sua execução no ordenamento jurídico nacional através da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto.

O que é certo é que nos termos do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe utilização da informática, dispõe-se, de imediato, que “[todos] os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei” e, ainda, que, “[a] informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis”, sendo que “[é] proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excecionais previstos na lei”, porquanto “[a] todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional”.

No artigo 4.º do Regulamento 2016/679 define-se dado pessoal como sendo “[informação] relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”, sendo que as limitações ao seu tratamento estão avançadas por este Regulamento.

Figuras como o marketplace permitem, sem mais, afastar a proteção do consumidor atribuída pela tutela da contratação à distância o que leva a que a ratio normativa e as preocupações do legislador saiam absolutamente frustradas.

As redes sociais que permitam o comércio eletrônico devem ter uma preocupação mais ativa na tutela do consumidor e na sua proteção. Por sua vez, as entidades reguladoras deveriam ter uma preocupação mais ativa e uma maior presença a nível digital: é importante fornecer informação fidedigna e atual; é importante dar ao consumidor a informação da legislação existente; é importante educar para prevenir.

Assim, quer por questões probatórias, quer pela evolução social é fácil concluir que a legislação que regula atualmente o direito do consumo, enquanto meio de tutela do consumidor, não se encontra enquadrável na evolução do comércio eletrônico.

As plataformas digitais criam desafios que, atualmente, o direito do consumo não está a conseguir tutelar. Veja-se, desde logo, que o conceito de consumidor – âmbito subjetivo de aplicação das diversas legislações, contém quatro elementos cumulativos que podem ser facilmente afastados pelo simples facto de se aceder ao comércio eletrônico.

Repare-se que a dificuldade na certeza da veracidade da identidade dos utilizadores nas redes sociais acaba por ser, só por se, desprotetora do consumidor. Ademais, a possibilidade de um fornecedor de bens que se dedique efetivamente com intuito profissional à venda de determinados bens de consumo ter a possibilidade de deturpar o preenchimento desse elemento relacional se, anonimamente ou sob outra identidade, vender como se fosse a título pessoal bens de consumo (pense-se, por exemplo, na venda de bens usados na internet), estamos a deixar uma porta aberta a que o consumidor fique à mercê do fornecedor de bens.

Por outro lado, o consumidor – ou putativo consumidor – que se veja perante uma situação de invocação da sua tutela – constitucionalmente garantida – pode não ter meios de conseguir identificar quem foi o sujeito que lhe causou danos na sua esfera jurídica. Relembremos que os perfis podem ser apagados com facilidade e que o acesso à identidade (sem garantias de uma real identidade) são muito morosos. Posto isto, estes mercados digitais, ou se lhes quisermos chamar plataformas digitais, não teriam de, finalmente, ter uma responsabilização direta perante o consumidor? E essa responsabilização teria que levantar o véu no tratamento de dados pessoais, na medida em que os aderentes a plataformas digitais consentissem no seu tratamento e soubessem que os dados poderiam ser revelados em casos de finalidade de justiça e proteção, de antemão. Na colisão de direitos, em casos em que a prova se revelaria muito difícil

teríamos, sempre, a possibilidade de ter uma rápida resposta das plataformas na tutela do consumidor.

A nossa resposta tende a ser da responsabilização, direcionando-nos para uma necessária (e urgente) alteração legislativa: o consumidor como parte mais fraca afinal é quem terá que fazer toda a prova?

3. A prova digital na compra de bens e serviços digitais

Não poderíamos falar de prova digital, de consumo eletrónico, de dificuldades e olvidar a novíssima legislação de tramitação do consumo, em particular dos bens defeituosos, em particular o Decreto-Lei n.º 84/2021.

No preâmbulo deste diploma legal, temos a preocupação daquilo que, inegável e evidentemente, temos vindo a tratar. É que, de facto, foi com o “[crescimento] do comércio eletrónico registado na última década e a necessidade de potenciar as suas vantagens para o mercado interno levaram a Comissão Europeia a apresentar a Estratégia do Mercado Único Digital que, entre outros objetivos, visa impulsionar a economia digital, nomeadamente garantindo um melhor acesso dos consumidores aos conteúdos e serviços digitais e facilitando o seu fornecimento pelas empresas”.

Esta evolução, no sentido de facilitação, leva-nos à conclusão que será evidente da existência de um vazio legal em questões de prova: que são preocupantes, quer na sua criação, quer na sua junção ao processo, quer na sua produção enquanto meio de prova.

Como se explora no seu preambulo, onde mais não temos do que a manifestação da vontade do legislador, é certo que “[estão] em causa, por exemplo, a compra de um livro digital (ebook), a subscrição de publicações periódicas e a subscrição de um serviço de streaming, respetivamente”.

Durante alguns anos, em particular desde 2003 até agora, vigorou o Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, que foi, sem sombra de dúvida, o mote de proteção do consumo em caso de defeitos e desconformidades, regulando bens móveis corpóreos ou imóveis. Claro que a natureza digital não estava protegida, mas o que é certo é que também neste Decreto-Lei as lacunas probatórias, muito potenciadas pelas questões que suscitamos supra já eram existentes.

Agora, atualmente, demos um salto na tutela concreta da proteção do consumidor no que ao conteúdo digital respeita, mas esquecemo-nos sempre da prova e continuamos a trata-la como se ela fosse uma prova comum: como se mantivéssemos o comércio bagatelar na mercearia, como se não vivêssemos no online, como se hoje em dia não comprássemos a maioria dos nossos bens de forma eletrónica.

Assim, neste Decreto-Lei, no que concerne com a regulação, além do tradicional da tutela da compra e venda de bens defeituosos, temos, também, a tutela da responsabilidade direta do produtor em caso de falta de conformidade dos bens, conteúdos ou serviços digitais. No que concerne com a falta de conformidade dos bens, conteúdos ou serviços digitais, não temos uma proteção no que ao vendedor direto respeita, mas, antes, a uma responsabilização direta do produtor dos mesmos.

No artigo 2.º alínea b) do referido Decreto-Lei é-nos fornecida a definição do que é um ambiente digital, que é este mundo digital em que nos temos vindo a debruçar e é definido como “[o] equipamento informático, o software e qualquer ligação à rede utilizada pelo consumidor para aceder a conteúdos ou serviços digitais ou para os utilizar”. Que mais não é, também, do que similar à prova digital. Só que o ambiente é onde a mesma circula.

No âmbito deste diploma legal, é acautelada a preocupação de que, naturalmente, com a evolução da desmaterialização, da falta de proximidade, da facilidade das contratações, não possamos tratar da mesma forma um bem que é adquirido presencialmente no estabelecimento comercial, de um bem que é adquirido digitalmente: onde o consumidor não tem contacto, direto, sensível, com as suas características e qualidades. Assim, presumiu-se a entrega do bem com elementos digitais quando o consumidor veja assegurada a entrega da componente física dos bens acompanhada da realização de um ato único de fornecimento ou, ainda, quando a componente física dos bens seja entregue e o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital seja iniciado.

Posto isto, cumpre especial destaque a interpretação e aplicação do artigo 13.º e 14.º do diploma em análise, desde logo porque, quanto à prova consagra presunções. Assim, se a falta de conformidade se manifestar dentro do prazo de dois anos a contar da entrega, há uma presunção de desconformidade (a não ser que haja incompatibilidade em razão da natureza ou características do bem). Esta presunção vai ver uma diminuição do prazo para que a presunção opere em caso de bens móveis usados, nos quais tenha existido acordo de redução da garantia (legal).

Findo estes prazos, o ónus da prova está na esfera do consumidor.

Por sua vez, no que concerne com elementos digitais de fornecimento contínuo, o ónus da prova relativo à determinação da conformidade do conteúdo ou serviço digital, durante o período referido na parte final da alínea a) e na alínea b) do n.º 2 do artigo 12.º, incumbe ao profissional relativamente a qualquer falta de conformidade que se manifeste no estipulado nas referidas alíneas.

Mas estaremos, ou não, perante prova impossível (diabólica), difícil ou razoável? Em função de tudo o que fomos desvendando, será que a prova,

independentemente de como se atinja, é uma prova segura, isto é, contribui, ou não, ativamente para a descoberta da verdade e boa decisão da causa?

Considerações finais

Conforme começamos por ver *supra*, a prova no direito do consumo é, hoje, uma realidade extremamente relevante. O crescimento económico tem como estímulo a proteção do consumidor que é tido como parte mais fraca²⁰ das relações. No direito do consumo existem dois temas importantes no que à prova respeita: a prova do conceito de consumidor (e dos seus elementos) e, ainda, a prova do próprio objeto no caso de desconformidade do bem contratado.

O direito do consumo tem, ao nível processual, uma pretensão mais complexa, sendo que a prova dos elementos constitutivos da noção de consumidor, em particular o subjetivo, objetivo, teleológico e relacional que vão variando, naturalmente, na aplicação casuística no que a cada legislação respeita.

É claro que não bastará prova sem alegação. Temos que verificar sempre a alegação e prova dos factos base da demanda: se temos uma relação de consumo, é claro que a alegação dos factos²¹ é absolutamente essencial.

Claro que quando não se alegam, nem demonstra provar todos os factos que constituem a relação material controvertida, o julgador, ao abrigo da cooperação enquanto princípio, ou convida ao aperfeiçoamento do articulado, ou

²⁰ A própria natureza frágil do conceito de consumidor revela-se noutras matérias que colidem com o consumo, sendo o caso da tutela do direito de retenção nos contratos-promessa de compra e venda, “[onde] importa, no entanto, ter presente que a questão que o AUJ veio resolver se reportava ao âmbito de aplicação do artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 379/86 de 11 de Novembro, não estando em jogo a implementação ou aplicação do direito da União. Se a concessão do direito de retenção ao promitente comprador de um imóvel se insere também em uma lógica de protecção da parte mais fraca, o conceito de consumidor empregue pelo AUJ n.º 4/2014 bem pode ser outro, como já decidiu o Acórdão (JOÃO BERNARDO)”, cfr. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), datado de 03.10.2017, cujo rel. é o Conselheiro JÚLIO GOMES, com o n.º de processo 212/11.1T2AVR-B.P1.S1.

²¹ Como o é em qualquer demanda processual civil, onde, evidentemente, “[s]bre as partes incumbe o ónus de alegação e prova dos factos essenciais (art.º 5.º do CPC) nos quais o autor suporta a sua pretensão e o réu o pedido reconvençional ou a defesa por exceção, não sendo lícito ao réu, que não alegou os factos integradores de uma exceção, vir alegá-los em sede de recurso, tanto mais que a apreciação pelo Tribunal de uma questão que nunca foi invocada nem debatida nos autos (questão nova) se traduziria na nulidade por excesso de pronúncia prevista na 2.ª parte do artigo 615.º, n.º 1, alínea d), do CPC”, cfr. Ac. do TRP, datado de 05.02.2018, cujo rel. é CARLOS QUERIDO, com o n.º de processo 1118/15.0T8VLG.P1, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

convida à junção de documentos essenciais, em nome do princípio do inquisitório, mesmo numa fase inicial do processo, tendo, sempre, a possibilidade de adequar formalmente o litígio.

Mas a grande questão que se coloca no que ao direito do consumo se refere, em particular na distribuição do ónus da prova da situação jurídica de base é a de saber a quem incumbe, efetiva e concretamente, este ónus.

Se, por um lado, temos o critério da distribuição dinâmica, excecional e extremamente debatida²². O elemento subjetivo, objetivo e teleológico, na medida da identidade do sujeito comprador, do objeto ou serviço contratado e o fim da venda, são, naturalmente, prova possível na esfera do consumidor porque a este respeitam. Sucede que dúvidas se levantam quanto ao elemento relacional, ou seja, o intuito do sujeito com quem se realiza a venda, se este se dedica, ou não, profissionalmente à venda do bem ou à prestação de serviço. Os quatro elementos são cumulativos e, por isso, a prova é tão importante. No que concerne com o elemento relacional, por questões de evitar prova impossível²³ ou diabólica, é ao vendedor ou fornecedor que incumbe o ónus de fazer prova deste elemento.

A nossa Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 60.º, consagra, especificamente, a preocupação com o direito dos consumidores. Sendo, naturalmente, o ponto de partida para a sua regulação.

John F. Kennedy, a 15/03/1962, num congresso, indicou que “[c]onsumidores, por definição, somos todos”.

Ao nível do consumo temos uma legislação extremamente rica e variada, estando dispersa por diversa legislação – quiçá, um dia, também indaguemos acerca da necessidade da criação de um Código do Consumidor. Para este estudo, e para o problema que queremos complementar, focar-nos-emos na legislação do comércio (as relações contratuais de consumo) e, ainda, a parte geral.

²² Ver, a este respeito RANGEL, RUI MANUEL DE FREITAS, *O ónus da prova no processo civil*, Coimbra, Almedina, 2000; RODRIGUES, FERNANDO PEREIRA, *A prova em direito civil*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2011; ROSENBERG, LEO, *La carga de la prueba*. Trad. Ernesto Krotoschin, 2.ª edição, Buenos Aires, Júlio César Faria Editor, 200; SANTOS, HUGO LUZ DOS, “Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking?” in *Revista Eletrónica de Direito*, 2014 e SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil” in *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, n.º 332, Escola de Direito da Universidade do Minho, Maio/Agosto, 2013.

²³ A este respeito, veja-se FERNANDEZ, ELIZABETH, “A prova difícil ou impossível (a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade)”, in *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor JOSÉ LEBRE FREITAS*, Coimbra Editora.

A Lei da Defesa do Consumidor consagra, em si, os direitos gerais dos consumidores, regulada Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, atualizada pela Lei n.º 47/2014, de 28 de julho e, por sua vez, o Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, apresentam-se como legislação geral.

Conforme aqui também já fomos levantando o véu, atualmente, no que concerne com as relações de comércio (com ótica de consumo) temos:

- (i) Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, que revogou o Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril – Regime da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.
- (ii) Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, que regula o regime dos contratos celebrados à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial;

Ao nível do consumo, como vimos, vamos ter quatro grandes problemas ao nível da prova digital.

Em primeiro lugar, a prova do conceito de consumidor, nas relações online, e das situações que aqui revelamos. Atualmente contrata-se em qualquer plataforma, a prova é extremamente volátil e alterável, tal como os regimes de acesso à plataforma não são idóneos.

Simplificamos demasiado, talvez a exigência de um registo idóneo fosse o caminho para facilitar a resposta ao “quem está a contratar?”. Mas, além disso, o caminho para a certeza de que existiria um paradeiro, dado que os dados de acesso seriam credenciais válidas, idóneas, como a assinatura digital ou a chave móvel digital o apresentam.

Em segundo lugar, temos um problema ao nível da segurança da fiabilidade do contratado (a proteção dos dados e o suporte). Pese embora a legislação, no que respeita aos contratos à distância e fora do estabelecimento comercial, exigir um suporte duradouro para confirmação da celebração do contrato²⁴, muitas vezes este suporte duradouro está numa página interna da entidade for-

²⁴ Veja-se o Artigo 6.º onde se indica que “[c]onfirmação da celebração do contrato celebrado à distância 1 - O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve confirmar a celebração do contrato à distância, em suporte duradouro, no prazo de cinco dias contados dessa celebração e, o mais tardar, no momento da entrega do bem ou antes do início da prestação do serviço. 2 - A confirmação do contrato a que se refere o número anterior realiza-se com a entrega ao consumidor das informações pré-contratuais previstas no n.º 1 do artigo 4.º, salvo se o profissional já tiver prestado essa informação, em suporte duradouro, antes da celebração do contrato”.

necedora (pensemos no caso das telecomunicações), não estando assinado efetivamente e apenas com a aposição do “eu aceito”, através de um click no rato, altamente volátil e suscetível de alteração.

Em terceiro lugar, a prova da contratação, a inalterabilidade documental, a eficácia do contratado. Pese embora as cláusulas contratuais gerais, como é o caso que ocorre nos contratos de adesão, regularem as nulidades, ineficácia e exclusão das cláusulas, também aqui há uma total desatualização quanto ao digital.

Veja-se que no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro, se dispõe que: “a) As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º; b) As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo; c) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real; d) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes”.

Portanto, a realidade online não está efetivamente acautelada neste tipo de contratação²⁵ – que é o quotidiano atual.

Em quarto lugar, mas não o menos importante, o comércio eletrónico como uma realidade atual, leva-nos a novos desafios ao nível dos meios de prova. As situações que se passam no online, seja através de páginas web, seja através de aplicações em smartphones ou tablets, lançam-nos desafios acrescidos ao nível do valor probatório deste meio de prova. Isto porque teremos prova com sons, imagens e/ou texto. Sabemos, e bem, que a autenticidade e genuinidade é conferida através de certificados de autenticação idóneos, porém, de facto, nem todos o exigem. É tão fácil contratar, realizar uma encomenda, pelas mais diversas vias que, infelizmente, poderemos cair no descrédito de um mundo sem fim.

Assim, portanto, ao nível do direito do consumo sabemos de antemão que a prova do conceito de consumidor é repartida: cabendo o elemento subjetivo, objetivo e teleológico ao consumidor e o relacional ao fornecedor.

Sucede que a prova da relação de consumo é do consumidor e, muitas das vezes, não há rasto possível de guardar na internet e, por isso mesmo, é uma prova impossível. Mas a impossibilidade da prova só sucede porque ainda não se impôs uma inversão do ónus em caso de não adesão à tecnologia blockchain.

²⁵ MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, “O Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, vol. I, 2002, p. 2.

A legislação do consumo é variada e já granjeou avançar na tutela dos contratos à distância e fora do estabelecimento comercial, na ótica da exigência de uma tutela formal do contrato.

Atualmente, contratamos com robots por escrito em websites, ou com robots oralmente, através da inteligência artificial, sendo tudo agravado, ainda mais, pela era do 5G que cada vez ganha mais território.

A prova nas relações de consumo é, assim, muito difícil e agravada pelas plataformas digitais onde as práticas acontecem serem de difícil acesso, trazendo morosidade ao processo (aquando das notificações ao abrigo do artigo 432.º do CPC, por exemplo).

A contratação digital acontece por manipulação da vontade do consumo.

A volatilidade desta prova digital, com a rapidez de eliminação de perfis, bloqueios, anular mensagens, leva a que aumentem as preocupações na conservação da prova.

*As ações de wrongful birth e wrongful life: controvérsias no plano dos pressupostos constitutivos da responsabilidade civil**

LEONARDO CASTRO DE BONE**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A medicina pré-natal e as obrigações em sede de DPN. 3. As wrong actions em causa: 3.1. Wrongful birth (nascimento indesejado); 3.2. Wrongful life (vida indesejada) intentada contra o médico. 4. Excurso sobre o posicionamento jurisprudencial: 4.1. Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros: 4.1.1. A jurisprudência norte-americana; 4.1.2. A jurisprudência alemã; 4.1.3. A jurisprudência inglesa; 4.1.4. A jurisprudência espanhola; 4.1.5. A jurisprudência italiana; 4.1.6. A jurisprudência francesa; 4.1.7. A jurisprudência holandesa; 4.2. A posição vista na jurisprudência portuguesa. 5. Análise crítica das controvérsias suscitadas pelas ações de wrongful birth e wrongful life no plano dos pressupostos constitutivos da responsabilidade civil: 5.1. Fato ilícito e culposo do médico; 5.2. O dano em si: 5.2.1. O dano na ação intentada pelos progenitores; 5.2.2. O dano na ação intentada pela criança contra o médico; 5.3. O nexo de causalidade entre a conduta médica e o resultado danoso: 5.3.1. O nexo causal na ação intentada pelos progenitores; 5.3.2. O nexo causal na ação intentada pela criança contra o médico. 6. Conclusões.

RESUMO: O estudo proposto trata das controvérsias no plano dos pressupostos constitutivos da responsabilidade civil suscitadas pelas ações de *wrongful birth* e *wrongful life* intentadas contra o médico, por violação dos deveres de cuidado e de informação, em diagnóstico pré-natal. Concretamente, buscaremos superar as

* O presente texto corresponde, com pequenas adaptações, ao relatório apresentado na disciplina de Direito Civil I, no ano letivo 2021/2022, quando do primeiro ano do Doutoramento em Direito e Ciências Jurídico-Civis da Universidade de Lisboa, sob a orientação dos Professores Doutores Luís Menezes Leitão e Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde.

** Doutorando em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Lisboa, com estágio de pesquisa na *Ludwig-Maximilians-Universität München* (2022/2023). Mestre em Direito e Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Faculdade de Direito de Vitória. Advogado.

dificuldades impostas e, concludentemente, enquadrar os pressupostos constitutivos da responsabilidade civil a essas ações, tal como originalmente concebido e regulamentado pelo Código Civil.

PALAVRAS CHAVE: 1. Responsabilidade civil médica; 2. Diagnóstico pré-natal; 3. Diagnóstico genético pré-implantação; 4. Ação de “nascimento indesejado”; 5. Ação de “vida indesejada”.

ABSTRACT: *The proposed study deals with the controversies regarding the constitutive assumptions of civil liability raised by wrongful birth and wrongful life actions brought against the physician for violation of the duties of care and information in prenatal diagnosis. Specifically, we seek to overcome the difficulties imposed and, conclusively, to frame the constitutive assumptions of civil liability for these actions, as originally conceived and regulated by the Civil Code.*

KEY WORDS: 1. Medical liability; 2. Prenatal Diagnosis; 3. Preimplantation genetic diagnosis; 4. “Wrongful birth” action; 5. “Wrongful life” action.

1. Introdução

O tema que pretendemos abordar insere-se na dogmática da responsabilidade civil médica em sede de diagnóstico pré-natal. Trata-se, desde logo, das ações de *wrongful birth* (nascimento indesejado) e *wrongful life* (vida indesejada) intentadas contra o médico¹, por violação dos deveres de cuidado e de informação, em diagnóstico pré-natal, que, como resultado, privou a gestante da escolha livre e esclarecida de interromper a gravidez de uma criança que padeça de grave doença ou malformações congênicas, nos termos admitidos pelo Código Penal (artigo 142.^o), ou que deu causa a uma gravidez que deflagrou o mesmo desfecho (em se tratando de diagnóstico genético pré-implantação).

Resguardadas as devidas particularidades de cada ação, que oportunamente serão trabalhadas, lançaremos mão de discussões éticas (*v.g.*, alegações de eugenia e rejeição de pessoas deficientes), para restringir nossa análise às controvérsias suscitadas por essas pretensões indenizatórias no plano dos pressupos-

¹ Num enquadramento geral, utilizaremos o termo “médico” para nos referirmos não apenas ao médico em si, mas também à eventuais intervenientes sujeitos a responsabilização, como técnicos de laboratório, enfermeiros, clínicas, laboratórios ou o próprio hospital. Quando necessário, distinguir-se-á os sujeitos, com a devida autonomização.

tos constitutivos da responsabilidade civil², que, na prática, têm conduzido a inúmeras discussões e apontamentos jurisprudenciais e doutrinários no sentido de se afastar a obrigação de indenizar do médico, frustrando os princípios e os dogmas gerais do domínio obrigacional. É nesse contexto, portanto, que centramos nossa investigação, na tentativa de superar as dificuldades impostas e, concludentemente, enquadrar os pressupostos constitutivos da responsabilidade civil a essas ações, tal como originalmente concebido e regulamentado pelo Código Civil.

2. A medicina pré-natal e as obrigações em sede de DPN

A medicina pré-natal tem como objetivo principal assegurar que o crescimento fetal se encontra dentro dos parâmetros considerados normais de saúde e desenvolvimento³. Não se olvide, a esse propósito, que “o estado actual dos conhecimentos da medicina permite já, na maioria dos casos, obter praticamente uma certeza sobre se o nascituro sofre ou virá a sofrer de malformação ou doença genética ou metabólica de carácter hereditário”⁴, o que, aliás, tem

² Ainda em termos de delimitação, algumas outras notas se mostram necessárias. Desde logo, por restringirmos nosso estudo aos casos de responsabilidade civil médica em sede de diagnóstico pré-natal, nossas reflexões serão restritas às ações de *wrongful birth* e *wrongful life* intentadas contra o médico. Consequentemente, a *wrongful life* intentada contra os pais e a *wrongful conception*, não farão parte de nossa análise. A primeira porque foge do âmbito da responsabilidade civil médica, já que proposta contra os progenitores. A segunda por tratar do período pré-concepcional. Ademais, destaca-se também que em ambas as pretensões indenizatórias que serão analisadas, não estarão em causa situações em que o embrião ou feto era inicialmente saudável e após uma intervenção médica (v.g., lesão sofrida durante uma amniocentese) deixou de ser, ou que o estado de saúde do embrião ou feto era tratável, mas o médico impediu seu tratamento. Tratam-se, certamente, de hipóteses de responsabilidade civil médica (e até mesmo criminal), mas que fogem ao contexto das *wrong actions*. A primeira porque será o próprio médico o causador do dano. A segunda porque na *wrongful birth* e na *wrongful life* o tratamento da criança nunca foi uma opção: ou nascia com deficiência, ou não nascia. Por último, não obstante ser possível imputar ao médico outras responsabilidades, designadamente a disciplinar e até mesmo a penal, limitaremos nossa análise às ações de responsabilidade civil médica em sede de diagnóstico pré-natal, por trabalharmos as ações de *wrongful birth* e *wrongful life* intentada contra o médico.

³ PEREIRA, André Gonçalves Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 206.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário conimbricense do Código Penal*, tomo 1, 2.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 285.

conduzido a afirmações de que a obrigação médica em exames pré-natais consiste numa obrigação de resultado⁵ e não de meios⁶.

A fim de garantir aquele objetivo, o profissional médico tem recorrido ao uso do diagnóstico pré-natal (DPN), definido como “o conjunto de procedimentos com o objetivo de avaliar se um embrião ou feto é portador de uma determinada anomalia congénita”⁷. Tradicionalmente, o DPN atua *in utero*, isto é, quando a mulher já está grávida, já com algumas semanas de desenvolvimento fetal. Um resultado insatisfatório, por sua vez, tem como desfecho provável uma interrupção voluntária da gravidez. Agora, quando tratar de diagnóstico genético pré-implantação (DPI) – que constitui um dos possíveis diagnósticos pré-natais⁸, utilizado no âmbito das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) –, atua-se significativamente mais cedo, antes

⁵ Nesse sentido, veja-se um trecho do ac. do TRP n.º 9434/06.6TBMTS.P1, de 01 de março de 2012: “Extraí-se da citação que face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo (médico) analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma e ainda que, na actividade médica, na prática do acto médico, tenha ele natureza contratual ou extracontratual, um denominador comum é insofismável — a exigência (quer a prestação tenha natureza contratual ou não) de actuação que observe os deveres gerais de cuidado. Se se vier a confirmar a posteriori que o médico analista forneceu ao seu cliente um resultado cientificamente errado, então temos de concluir que actuou culposamente, porquanto o resultado transmitido apenas se deve a erro na análise. É que face ao avançado grau de especialização técnica dos exames laboratoriais, estando em causa a realização de um exame, de uma análise, a obrigação assumida pelo analista é uma obrigação de resultado, isto porque a margem de incerteza é praticamente nenhuma”. Nessa direção, cfr. ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comunmente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação. *Revista Julgar Online*, nov. 2018, p. 14.

⁶ Contudo, trabalhando essa obrigação médica como uma obrigação de meios, cfr. ac. do STJ n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, de 17 de janeiro de 2013: “No caso sujeito, a Autora ao acordar com os Réus a efectivação dos exames neo-natais, consistentes nas duas ecografias estabelecidas como obrigatórias no protocolo da Direcção Geral de Saúde, tratou-se de uma obrigação de meios como consideraram as instâncias, pois tais exames destinavam-se, primordialmente, à identificação, determinação e informação de eventuais distúrbios e malformações do feto, sendo certo que sendo a obrigação principal assumida pelo médico a de tratamento e dividindo-se esta obrigação em outras quantas prestações diversas que passariam, ou poderiam passar, consoante o protocolo a seguir segundo o caso concreto, por actividades de mera observação, diagnóstico, terapêutica efectiva e vigilância, é a mesma de qualificar como obrigação de meios e não de resultado (...)”.

⁷ Conceito dado pelo Despacho da Ministra da Saúde n.º 5541/97, de 06 de agosto (citado por PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, op. cit., p. 206).

⁸ Por constituir um dos possíveis diagnósticos pré-natais, faremos sempre referência ao termo DPN, por englobar às situações de DPI. Quando necessário, distinguir-se-á uma da outra, com a devida autonomização.

mesmo do embrião ser implantado no útero da mulher⁹. Ao se proceder uma análise *in vitro* do genoma do ser que virá a nascer, evita-se a transferência de embriões que sofram de anomalias, o que permite, de certa forma, assegurar um desenvolvimento mais seguro da gestação, evitando-se, posteriormente, eventuais interrupções voluntárias da gravidez ou até mesmo abortamentos espontâneos causados pela inviabilidade fetal¹⁰. Ainda que não funcione como garantia segura de um bebê saudável, o DGPI desempenha uma função acauteladora, com uma margem de erro estimada de 1 a 5%¹¹, o que permite detectar várias aneuploidias, doenças ligadas a um único gene e outras doenças relacionadas com anomalias cromossômicas familiares¹².

Em sede de diagnóstico pré-natal, o médico deve, de igual modo, atuar em respeito às *leges artis*¹³ (artigo 4.º, n.º 1, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos), estando vinculado a deveres de cuidado e de informação¹⁴, que lhe impõe, segundo indica Vera Lúcia Raposo, tomar as seguintes cautelas¹⁵: (i) prescrever todos os exames que considere adequado no caso concreto, seja durante a gestação, seja no período pré-concepcional; (ii) realizar os exames

⁹ Sobre a diferença entre DPN e DGPI, cfr. Regulating Preimplantation Genetic Diagnosis: The Pathologization Problem. *Harvard Law Review*, vol. 118, n.º 8, jun. 2005, pp. 2770-2791, p. 2771-2772.

¹⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. Pode trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião: os múltiplos casos de selecção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantação. *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 8, 2007, p. 59-84, p. 60.

¹¹ RAPOSO, Vera Lúcia. Pode trazer-me o menu, por favor? Quero escolher o meu embrião: os múltiplos casos de selecção de embriões em sede de diagnóstico genético pré-implantação, op. cit., p. 64.

¹² Como explicam RAPOSO, Vera Lúcia. *Direito à imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 917 e MALUF, Adriana Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 4.ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 202.

¹³ Entendidas como “um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais” (RODRIGUES, Álvaro da Cunha. Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente. *Data Venia*, ano 1, n.º 1, jul./dez. 2012, p. 05-26, p. 17).

¹⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Temas de Direito Pediátrico: Saúde da criança, capacidade e sujeição a responsabilidades parentais*. 1.ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2021, p. 123. A esse propósito, cfr. os artigos 4.º, n.º 8 (que estabelece como dever fundamental “o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica”) e o 19.º (que impõe ao médico um dever de prestar esclarecimento), ambos do CDOM. Também sobre esses deveres em sede de DPN, cfr. MÁCIA MORILLO, Andrea. *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales: las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life*. Dissertação de Doutoramento apresentada à Facultad de Derecho da Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2003, pp. 204-246.

¹⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth). *Revista do Ministério Público*, ano 33, n.º 132, out./dez. 2012, p. 71-125, p. 72.

de forma correta, em atenção as regras técnicas aplicáveis; (iii) proceder à adequada interpretação desses exames, segundo as regras cientificamente vigentes à época, sublinhando na apuração do resultado eventuais limitações técnicas à respectiva fiabilidade; e (iv) comunicar e esclarecer aos progenitores os resultados dos exames, para que possam tomar uma decisão livre e informada quanto ao prosseguimento ou não da gravidez.

Agora, se em função do descumprimento de alguma dessas obrigações, vier a nascer uma criança que padeça de grave doença ou malformação congênita, tolhendo, dessa forma, a possibilidade de escolha livre e esclarecida de se interromper a gravidez (nos termos do artigo 142.º do CP), ou que deu causa a uma gravidez que deflagrou o mesmo desfecho (em se tratando de diagnóstico genético pré-implantação), estará o médico sujeito a um processo de responsabilidade civil e, portanto, obrigado a indenizar¹⁶ os pais e/ou a própria criança, a depender da ação que estaremos a tratar.

São situações em que, por exemplo, violará o dever de cuidado se não for proposto a realização de testes e exames genéticos em uma gravidez de risco (*v.g.*, dado a idade avançada da gestante); se não efetuar o DPN tempestivamente (tendo em conta o prazo da IVG não punível); se a técnica utilizada não for ajustada ao risco concretamente existente (*v.g.*, análise de sangue materno em vez de cordocentese); se tiver recolhido ou armazenado a amostra de forma errada; ou se na análise do diagnóstico não interpretar corretamente os resultados obtidos (*v.g.*, numa leitura equivocada da ecografia). Nesse aspecto, a violação do dever de cuidado poderá conduzir a um “falso negativo”, ou seja, um diagnóstico que indique a inexistência ou a baixa probabilidade de o embrião ou feto ser portador de alguma anomalia congénita, quando deveria indicar que esses problemas eram certos ou muito prováveis. Por outro lado, violará o dever de informação, quando, por exemplo, não comunicar o resultado dos exames, embora realizados corretamente; ou, se comunicar, o fez tardiamente (novamente considerando o prazo para interromper a gravidez de forma lícita), de maneira incompleta (*v.g.*, omitindo a caracterização de anomalia que possivelmente afetará a descendência) ou de forma incompreensível, situação em que a informação não é adequadamente transmitida aos pais, de modo que não compreendam o real sentido daquilo que lhes é informado (*v.g.*, em virtude de linguagem excessivamente técnica)¹⁷.

¹⁶ Sobre a obrigação de indenizar, em geral, cfr. LEITÃO, Luís Menezes. *Direito das obrigações*. vol. 1. 8.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 401 e ss.

¹⁷ Exemplos que retiramos de PINHEIRO, Jorge Duarte. *Temas de Direito Pediátrico: Saúde da criança, capacidade e sujeição a responsabilidades parentais*, op. cit., pp. 123–124.

3. As *wrong actions* em causa

3.1. Wrongful birth (nascimento indesejado)

Fala-se em *wrongful birth*, quando os progenitores intentam uma pretensão indenizatória contra o médico, alegando que a violação do dever de cuidado ou de informação, em DPN, privou a gestante da escolha livre e esclarecida de interromper a gravidez de uma criança com graves malformações, nos termos admitidos pela lei penal, ou que deu causa a uma gravidez que deflagrou o mesmo desfecho (em se tratando de DGPI)¹⁸. Baseia-se, portanto, na ideia de que podemos conhecer certas informações sobre um feto antes que ele se torne uma criança e que as informações coletadas podem, e devem, ter impacto nas decisões sobre prosseguir ou não com a gravidez¹⁹.

Em termos exemplificativos, alegam “que se houvessem sido avisados dos perigos inerentes à doença de que são portadores (doença de Tay-Sachs, por exemplo) teriam preferido não conceber”, em se tratando de uma DGPI; “ou que se tivesse sido informado da doença que o embrião/feto desenvolveu durante a gestação (trisomia 21, por exemplo) teriam optado por interromper a gravidez”, em se tratando de uma DPN tradicional²⁰. Daí se percebe que a falta médica reside na violação do dever de informação²¹. Por outro lado, a violação do dever de cuidado poderá ocorrer, por exemplo, no caso em que o médico

¹⁸ Em termos conceituais, curioso observar que RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 75 faz uma referência geral à violação dos deveres que incumbiam ao médico, enquanto MANSO, Luís Duarte Baptista. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal – o caso das acções de “*wrongful birth*”. *Lex Medicinæ*, ano 9, n.º 18, 2012, p. 161-182, p. 162, indica apenas a violação do dever de informação.

¹⁹ SILVA, Vesta. Lost choices and eugenic dreams: wrongful birth lawsuits in popular news narratives. *Communication and Critical/Cultural Studies*, n.º 8, vol. 1, fev. 2011, p. 22-40, p. 26.

²⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. As *wrong actions* no início da vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a responsabilidade médica. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, ano 19, n.º 21, dez. 2010, p. 61-69, p. 64.

²¹ Recusando que o dever de informar do médico tenha como finalidade possibilitar à mãe a prática de um aborto, manifesta-se FRADA, Manuel A. Carneiro da. A própria vida como um dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite. *Revista do Ministério público do RS*, n.º 81, set./dez. 2016, Porto Alegre, p. 151-181, p. 158: “Antes de mais, importa sublinhar que, em situações deste tipo, os deveres de informação do médico não têm como finalidade possibilitar à mãe a prática de um aborto. Prosseguem outros objetivos, à cabeça dos quais a possibilidade de levar a cabo uma adequada terapia da criança. A diligência exigível do médico não pode portanto medir-se em função daquele outro escopo. Na nossa ordem jurídica não existe qualquer ‘direito’ ao aborto. Apenas ocorre que nalguns casos se encontra estabelecida a não punibilidade do aborto”.

não propõe o uso de DPN em uma gravidez sabidamente de risco (gestante com idade superior a 35 anos)²².

De todo modo, ao contrário do que sucede nas ações de *wrongful conception*, em que a concepção não é desejada, percebe-se que nas ações de *wrongful birth*, temos como indesejado o nascimento de uma criança portadora de deficiências²³.

3.2. *Wrongful life (vida indesejada) intentada contra o médico*

Por sua vez, fala-se em *wrongful life*, quando a criança nascida com alguma malformação, intenta, via de regra, com representação legal de seus pais, uma pretensão indenizatória contra o médico, com fundamentos semelhantes ao que descrevemos para as *wrongful birth*, com a particularidade de se imputar ao médico responsabilidade jurídica pelas suas condições de vida²⁴.

Novamente em termos exemplificativos, será o caso em que uma criança afetada pela doença de Tay-Sachs intenta pretensão indenizatória contra o laboratório em que seus progenitores realizaram exames e testes genéticos para descobrir se eram ou não portadores de Tay-Sachs. Devido a negligência do laboratório, informou-se que o resultado era negativo, o que, se não tivesse ocorrido (com a divulgação do resultado correto), não teria dado lugar a uma gravidez naquelas condições, prevenindo-se, assim, uma vida indesejada²⁵. Também será o caso em que a gestante tenha condições pessoais que medicamente justificassem o uso de DPN, o que, contudo, não é feito pelo médico,

²² Para efeitos do que se considera gravidez de risco, em DPN, PINHEIRO, Jorge Duarte. *Temas de Direito Pediátrico: Saúde da criança, capacidade e sujeição a responsabilidades parentais*, op. cit., p. 114, nota 211, indica o n.º 2.1. do Despacho n.º 5411/97, de 8 de julho, da Ministra da Saúde, ao considerar as seguintes hipóteses: “idade superior a 35 anos; filho anterior portador de cromossomopatia; um dos progenitores ser portador de cromossomopatia equilibrada; suspeita ecográfica de anomalia congénita fetal; alteração dos valores dos marcadores serológicos maternos; risco elevado de recorrência de doença genética não cromossômica; risco elevado de efeito teratogénico (infecioso, medicamentoso ou outro”.

²³ “Assim, ou há um nascimento em resultado de uma situação de *wrongful conception*, ou, sendo a concepção desejada, verificou-se um nascimento na sequência de um erro médico (...) que, se não fosse o evento lesivo, a criança nunca teria nascido” (PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”). In: *Direitos de personalidade e direitos fundamentais. Estudos*. 1.ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 735-772, p. 736).

²⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 76.

²⁵ É o exemplo visto no caso *Curlener v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 Cal.App.3d 811, 165 Cal.Rptr. 477.

impossibilitando que seus progenitores tivessem conhecimento que o feto padecia de graves anomalias, caso em que, se soubessem, provavelmente teriam optado por interromper a gravidez ao abrigo da lei, evitando-se, de novo, uma vida indesejada. Há, como se percebe, violação do dever de informação e de cuidado, respectivamente.

Aliás, será fácil perceber que as ações de *wrongful life* surgem num contexto semelhante àquele posto no âmbito das ações de *wrongful birth*, o que, inclusive, tem conduzido a propositura de pretensões indenizatórias associadas num mesmo processo, embora não precisem coexistir²⁶ e apurem danos distintos. Seja como for, percebe-se a existência de duas pretensões indenizatórias dessemelhantes: uma em nome dos pais, pelos danos advindos de ter um filho naquelas condições; e outra em nome da criança, através de representação legal, pelo seu nascimento naquelas condições²⁷.

4. Excurso sobre o posicionamento jurisprudencial

Em termos gerais, não podemos deixar de considerar a análise jurisprudencial das ações de *wrongful birth* e *wrongful life*, porque é do sistema jurídico norte-americano que encontramos as primeiras referências a esse respeito²⁸, com decisões posteriormente vistas em outros ordenamentos jurídicos, em especial aqueles que compõem o bloco europeu. Como se verá, diferentes tribunais têm vindo a se manifestar no âmbito dessas pretensões indenizatórias, com algumas decisões favoráveis, especialmente quanto às ações de *wrongful birth*. As ações de *wrongful life*, por sua vez, sofrem maior resistência, com pouquíssimas exceções, em sua grande maioria oriundas da jurisprudência norte-americana, que tem vindo a aceitá-las.

Nesse contexto, valerá a leitura de algumas decisões judiciais (ou, pelo menos, das principais), para compreendermos em que termos a jurisprudência tem trabalhado essas ações. Claro que, devido à impossibilidade de avaliarmos todos os ordenamentos jurídicos, nosso recorte metodológico será voltado à experiência norte-americana, alemã, inglesa, espanhola, italiana, francesa, holandesa e, com maior acuidade, a portuguesa. A jurisprudência brasileira,

²⁶ Sobre, cfr. STEINBOCK, Bonnie. The logical case for “wrongful life”. *The hastings center report*, vol. 16, n.º 2, abr. 1986, p. 15-20.

²⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a responsabilidade médica, op. cit., p. 62.

²⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. *Direito à imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, op. cit., p. 588.

por exemplo, não estará em causa, por se tratar de ordenamento jurídico que não admite legalmente o chamado aborto embriopático ou fetopático (artigo 124.º e seguintes do Código Penal brasileiro).

4.1. *Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros*

4.1.1. *A jurisprudência norte-americana*

Curiosamente, as primeiras pretensões indenizatórias que se tem notícias, não se relacionam com a conduta médica em DPN. Em 1963, o caso *Zepada v. Zepada*²⁹, tratou de uma ação de *wrongful life*, em que uma criança que nasceu saudável, intentou ação contra seu pai, que abandonara sua mãe ainda durante a gravidez. Como argumento, sustentou viver uma vida danosa pelo fato de ser filho ilegítimo, o que, em seu Estado, constituía óbice para concorrer a um cargo político. Volvido alguns anos, em 1966, no caso *Williams v. State of New York*³⁰, outra criança saudável intentou ação contra o Estado de Nova Iorque, alegando negligência no cuidado e custódia de sua mãe, enquanto era paciente em um hospital estadual para doentes mentais. Mais particularmente, “*in failing to provide adequate, sufficient and proper care and supervision over her while she was in the custody of the State and in negligently failing to protect and safeguard her health and physical body from attack and harm from others*”, negligência essa que resultou na concepção de uma criança nascida fora do casamento e filha de uma mãe com deficiência mental.

Somente em 1967, no caso *Gleitman v. Cosgrove*³¹, é que surgiu a primeira demanda a tratar das ações de *wrongful birth* e *wrongful life* nos parâmetros atualmente discutidos. Nele, os médicos obstetras eram acusados de negligência, após diagnosticarem uma rubéola no início da gravidez e, ainda assim, informarem que a doença não teria qualquer efeito sobre seu filho, o que, efetivamente, não foi o caso, já que o bebê nasceu com defeitos congênitos. Perante o caso, a *Supreme Court of New Jersey* rejeitou as pretensões indenizatórias com fundamento nos seguintes argumentos: (i) em geral, pela proibição legal que existia no Estado de Nova Jersey quanto à prática do aborto; (ii) na *wrongful birth*, pela impossibilidade de se calcular o dano resultante do nascimento de uma criança naquelas condições em comparação com o vantajoso papel de ser pai e mãe; e (iii) na *wrongful life*, pela impossibilidade de se calcular aquele

²⁹ *Zepada v. Zepada*, 41 111. App 2d 240, 190 N.E.2d 849 (1963).

³⁰ *Williams v. State of New York*, 18 N.Y.2d 481 (N.Y. 1966).

³¹ *Gleitman v. Cosgrove*, 1967, 227 a. 2d 689, NJSC.

dano, dado a inviabilidade de se comparar uma vida com deficiência e a “não existência”, e, depois, pelo pedido ser contrário a ordem pública, já que a vida é considerada um bem supremo.

Já na década seguinte, em 1978, deparamo-nos com o caso *Becker v. Schwartz*³², que inaugurou o início das pretensões indenizatórias favoráveis em sede de *wrongful birth*. Tratava o caso de uma gravidez de uma mulher em idade avançada (37 anos), em que os médicos, especialistas em obstetrícia e genecologia, não informaram dos riscos de a criança ser acometida com síndrome de Down em uma gravidez naquelas condições, nem da disponibilidade de testes (amniocentese) para verificar se o feto padecia de alguma anomalia cromossômica. Com o nascimento, verificou-se que a criança padecia de deficiências associadas à referida síndrome, tolhendo-se da mãe a possibilidade de tempestivamente interromper aquela gravidez. Na decisão, a *New York Court of Appeals*, condenou os médicos a arcarem com os custos das despesas adicionais que os progenitores teriam com os cuidados de terem um filho naquelas condições.

Dois anos depois, em 1980, deparamo-nos dessa vez com a primeira pretensão indenizatória em sede de *wrongful life* a obter, efetivamente, um provimento favorável³³. Trata-se do caso *Curlener v. Bio-Science Laboratories*³⁴, em que uma criança afetada pela doença de Tay-Sachs processou o laboratório em que seus pais realizaram exames e testes genéticos para descobrir se eram ou não portadores de Tay-Sachs (esse caso tratou também de uma demanda de *wrongful birth*, intentada pelos progenitores). Alegou-se que, devido a negligência do laboratório, seus pais foram informados de um resultado incorreto (negativo quanto à doença), o que, se não tivesse ocorrido, não teria dado lugar a uma gravidez naquelas condições, prevenindo-se, assim, uma vida indesejada. No caso, a *Supreme Court of California* afastou a suposta dificuldade no cálculo do dano (vista no citado *Gleitman v. Cosgrove*), desconsiderando igualmente os argumentos de que essas ações tratavam de uma violação de um direito a não nascer, mas antes o fato de a negligência médica ter conduzido ao nascimento de uma vida com sofrimento, e é nesse cenário existente que o Tribunal deve considerar na apreciação dos danos.

³² *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401 (1978).

³³ Não se ignora que o primeiro caso a emitir uma decisão favorável em sede de *wrongful life* foi visto em *Park v. Chessin* (1977). Contudo, tendo em consideração que a decisão foi reformada pela Corte de Apelação, não podemos afirmar que se tratava de um caso em que, efetivamente, se obteve um processo favorável. Sobre o caso, cfr. LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida. In: MIRANDA, Jorge; CANOTILHO, J. J. Gomes; BRITO, José de Sousa e; BRITO, Miguel Nogueira de; REGO, Margarida Lima; e MÚRIAS, Pedro (orgs.). *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*. vol. 2. Coimbra: Almedina, 2012, p. 591-609, p. 594.

³⁴ *Curlener v. Bio-Science Laboratories* (1980) 106 Cal.App.3d 811, 165 Cal.Rptr. 477.

4.1.2. *A jurisprudência alemã*

Do outro lado do atlântico, a jurisprudência alemã tem-se mostrado avessa às ações de *wrongful life*, ao passo que as ações de *wrongful birth* têm obtido algum sucesso, como visto na célebre decisão da *Bundesgerichtshof*, em 1983³⁵. Tratava-se o caso de um pedido de indenização por negligência médica apresentado pelos pais e pela criança nascida com graves malformações, na sequência de uma gravidez não diagnosticada com rubéola, contraída logo nas primeiras semanas de gestação. Devido a falha médica, tolheu-se a possibilidade de a mulher interromper aquela gravidez, o que teria sido a sua opção. Apesar de o caso ter sido rejeitado pelo *Oberlandesgericht München*³⁶, o *BGH* reconheceu a pretensão indenizatória movida pelos pais em sede de *wrongful birth*, por violação contratual na relação médico/paciente, condenando o médico a ressarcir os custos acrescidos de se criar uma criança deficiente. Em sede de *wrongful life*, contudo, rejeitou a pretensão proposta pelo filho, por considerar que a responsabilidade do médico não teria base contratual nem extracontratual, dado que não se poderia aplicar a doutrina do contrato contra eficácia de proteção contra terceiros. Para o *BGH* “o médico não teria causado o dano sofrido pela criança e a impossibilidade de tomar uma decisão sobre a sua existência ou não existência não corresponderia a um dano em sentido jurídico sofrido pela criança, já que a decisão de interrupção da gravidez não lhe competiria”, argumentando ainda que não seria admissível que se discutisse o valor da vida humana³⁷.

Dez anos depois, essa tese veio a ser contestada pela *Bundesverfassungsgerichts*, em 1993, numa decisão sobre o novo regime de aborto na Alemanha³⁸. Na oportunidade, o *BverfGE* considerou que a intangibilidade da dignidade humana plasmada no artigo 1.º, n.º 1 da Lei Fundamental não admitia qualificar a existência de uma criança, qualquer que fosse, como um dano. Apesar disso, o *BGH* manteve a solução inicialmente firmada, entendendo que as considerações do *BverfGE* eram mero *obiter dictum*, sem força vinculativa, já que as questões decididas pelo Tribunal Constitucional Federal se limitavam à específica questão do controle de constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez, concedendo, ainda naquele ano, uma indenização aos pais pelos danos do sustento do filho nascido na sequência de uma negligência médica no aconselhamento genético (essa posição, inclusive, veio a obter acordo da

³⁵ *BGH*, 18 de janeiro de 1983, *BGHZ* 86, 1983, 240- 255.

³⁶ Como relata RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a responsabilidade médica, op. cit., p. 69.

³⁷ Como explica LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., pp. 597-598.

³⁸ *BVerf*, 28 de maio de 1993, *BVerfGE* 88, 1993.

I Senat da própria Corte Constitucional alemã, que concedeu indenização a uma gestante devido à falha na esterilização – o que, contudo, não impediu a II Senat de refutar essa tese, ao recusar uma indenização pelo nascimento de uma criança deficiente, na sequência de uma falha médica em sede de DPN)³⁹. Nesse seguimento, em 2002, o BGH concedeu aos progenitores uma indenização por todos os custos acrescidos de se criar um filho sem os membros superiores e com severas deficiências nos membros inferiores, o que transcorreu na sequência de uma ecografia mal interpretada⁴⁰.

4.1.3. A jurisprudência inglesa

Não muito diferente, o direito inglês, onde a *Congenital Disabilities Act*, de 1976, veio a excluir expressamente as pretensões em sede de *wrongful life*⁴¹, a orientação jurisprudencial vista em *McKay v Essex Area Health Authority*⁴², de 1982, vai no sentido de inadmitir a ação proposta pela própria criança nascida com multideficiência como resultado de uma rubéola sofrida pela mãe durante a gravidez. Com efeito, para o *Court of Appeal*, alguns argumentos foram considerados: (i) os deveres do médico não incluíam um dever de terminar a vida do feto, mas antes um dever de informação perante a mãe; (ii) ações como essas incentivariam fortemente os médicos a aconselharem a interrupção voluntária da gravidez em casos duvidosos, o que atentaria a “*sanctity of human life*”; (iii) admitir ações de vida indesejada seria contrária a “*public policy*” por se comprometer o valor da vida humana, de modo a se considerar uma vida marcada por deficiência menos valiosa se comparada a existências consideradas “normais”; e (iv) pelo que não seria possível determinar os danos sofridos, dado a impossibilidade de se comparar uma vida naquelas condições com uma hipotética não-vida (ou não-existência).

De outro lado, no que diz respeito as ações de *wrongful birth*, a jurisprudência inglesa tem admitido, em regra, o ressarcimento das despesas especiais

³⁹ PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”), op. cit., pp. 743-744.

⁴⁰ LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., pp. 597-598.

⁴¹ Segundo explica LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., p. 596, a *Section 1* “preclude a possibilidade de uma criança reclamar indemnização pelos danos resultantes do seu nascimento, na medida em que apenas admite essa indemnização no caso de nascimento de crianças deficientes, caso a deficiência seja imputável à culpa de outra pessoa”.

⁴² *McKay v Essex Area Health Authority* (1982), QB 1166.

e extraordinárias com os custos de se criar uma criança deficiente, como visto, por exemplo, em *Rand v. East Dorset Health Authority*⁴³ e *Hardman v. Amim*⁴⁴.

4.1.4. *A jurisprudência espanhola*

Na jurisprudência espanhola, por sua vez, apesar de não se encontrar referências a ação de *wrongful life*, abundam decisões judiciais relativas às ações de *wrongful birth*. Em 1997, por exemplo, o Supremo Tribunal espanhol, num caso resultante de um erro na amniocentese que não permitiu a interrupção voluntária da gravidez no prazo legalmente admitido, condenou o médico ao ressarcimento das despesas especiais do nascimento de um filho portador de deficiência e, também, ao pagamento de danos não patrimoniais, resultantes dos transtornos e sofrimento psíquico de se criar um filho nessas condições⁴⁵. Alguns anos depois, em 2006, a jurisprudência do tribunal admitiu, dentre outros, um pedido interposto pela irmã de uma criança nascida com deficiência, concedendo-lhe uma indenização por danos não patrimoniais no valor de € 30.000,00, tendo como base a tristeza e o sofrimento de se ter um irmão naquelas condições⁴⁶. Depois, entre 2007 e 2008, manifestou-se curiosamente de forma dúbia, ao afastar a responsabilidade médica em casos de crianças nascidas com malformações mas que a gravidez era considerada normal e nada permitia suspeitar de qualquer intercorrência que impusesse ou até mesmo aconselhasse o uso de DPN⁴⁷, e depois, num segundo processo, condenou o médico por não ter realizado uma *triple screening* em uma gravidez para o qual o exame não seria recomendado⁴⁸. Mais recentemente, em 2010, no caso de uma criança nascida com síndrome de Down na sequência de uma informação defeituosa prestada em sede de uma amniocentese (em que houve troca de amostras no laboratório), o Supremo Tribunal reconheceu o direito de os pais receberem indenização pelos danos não patrimoniais e, ao filho, o direito a

⁴³ *Rand v. East Dorset Health Authority* (2000), 56 BMLR 39.

⁴⁴ *Hardman v. Amim* (2000), 59 BMLR 58.

⁴⁵ STS, 6 de junho de 1997, resolução n.º 495/97.

⁴⁶ Decisão de 18 de maio de 2006, citada por RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 113.

⁴⁷ Decisões de 19 de junho de 2007 e 17 de novembro de 2008, citadas por RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 87.

⁴⁸ Decisão de 06 de julho de 2007, citada por RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 88.

receber uma pensão mensal vitalícia⁴⁹, o que, de certo modo, parece viabilizar futuras discussões em sede de *wrongful life*⁵⁰.

4.1.5. A jurisprudência italiana

No ordenamento jurídico italiano, merece referência algumas decisões da *Corte di Cassazione*, que admitiram pretensões indenizatórias em sede de *wrongful birth*. Em 1997, a Corte condenou um médico por não ter informado tempestivamente a gestante sobre as malformações fetais (ausência de antebracos e de uma das pernas, e deficiências no pé, rosto e língua), não tornando possível a interrupção voluntária da gravidez no prazo legalmente admitido⁵¹. No início de 2002, concedeu uma indenização por danos patrimoniais e não patrimoniais aos pais, devido à falta de diagnóstico de uma malformação fetal. Ainda em 2002, condenou o médico pela falha na esterilização e falta de informação sobre o risco da gravidez em caso. Já em 2004, um médico foi condenado pela falta de detecção de um defeito genético (no mesmo caso, pôs-se uma discussão em sede de *wrongful life*, a qual foi rejeitada, por não existir um “*diritto a non nascere*”)⁵².

4.1.6. A jurisprudência francesa

No direito francês, ainda que se encontre referências às ações de *wrongful birth*, admitindo-se, por vezes, indenizações por danos patrimoniais e não patrimoniais⁵³, questão que inevitavelmente chama nossa atenção é o célebre caso *Perruche*⁵⁴, que tratou de uma demanda indenizatória proposta pelos pais em nome próprio e em nome do filho. O caso dizia respeito a Nicolas Perruche, que nasceu com graves deficiências em virtude de uma rubéola não diagnosticada, por erro na análise médica, o que não possibilitou de a mãe interromper a

⁴⁹ STS, 16 de junho de 2010, recurso n.º 4403/2008.

⁵⁰ Como argumenta MANSO, Luís Duarte Baptista. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal – o caso das ações de “*wrongful birth*”, op. cit., p. 169.

⁵¹ RAPOSO, Vera Lúcia. *Direito à imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, op. cit., p. 591.

⁵² Últimas três decisões trazidas por PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”), op. cit., pp. 746-747, nota 25.

⁵³ Como referenciado por MANSO, Luís Duarte Baptista. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal – o caso das ações de “*wrongful birth*”, op. cit., p. 167.

⁵⁴ *Cour de Cassation*, 17 de novembro de 2000, *Perruche*.

gravidez, como teria sido a sua opção. Após alguns decisões, a *Cour de Cassation* condenou solidariamente o médico e o laboratório a indenizarem os pais em sede de *wrongful birth*, e a criança em sede de *wrongful life*, pelo fato de o erro médico ter privado a gestante da sua decisão de encerrar a gravidez de uma criança deficiente, em ordem a evitar um nascimento e uma vida indesejada.

No contexto legislativo, após violenta reação da comunidade médica⁵⁵, o Parlamento francês aprovou a *loi 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, também conhecida como *loi anti-Perruche*, que limitou a responsabilidade médica nesses casos, estipulando que ninguém pode ser indenizado pelo simples fato de seu nascimento, acrescentando-se, em seguida, que a pessoa nascida com uma deficiência como resultado de um erro médico pode obter uma reparação quando o ato médico em si causou diretamente a deficiência ou a agravou, ou não permitiu que fossem tomadas medidas adequadas para a evitar, e depois, que os pais de uma criança nascida com uma deficiência não detectada durante a gravidez como resultado “*faute caractérisée*” podem pedir indenização pelos danos sofridos, excluídos os encargos especiais resultantes da deficiência da criança ao longo de sua vida (danos patrimoniais), que seriam suportados pela “*solidarité nationale*”. Além disso, decidiu o Estado francês por aplicar a *loi anti-Perruche* retroativamente aos casos pendentes, com exceção daqueles em que a indenização tenha sido estabelecida em termos definitivos, o que, aliás, conduziu o TEDH a condenar o Estado francês nos casos *Draon c. France* e *Maurice c. France*⁵⁶, por violação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

Posteriormente, contudo, com a aprovação da *loi n.º 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*, tanto a aplicação retroativa quanto a norma que isentava o profissional médico do ressarcimento das despesas especiais resultantes de se criar uma criança deficiente foram revogados. Mais recente, a questão da retroatividade da *loi anti-Perruche* não veio a ser validada pela *Conseil Constitutionnel*, numa decisão de junho de 2010⁵⁷, e em outra decisão, agora da *Cour de Cassation*, de dezembro de 2011, concluiu-se pela impossibilidade de se aplicar aquela lei às crianças nascidas anteriormente à sua entrada em vigor⁵⁸.

⁵⁵ Com parecer do *Comité Consultatif National D'éthique* (*Avis n.º 68-29 mai 2001*, “*Handicaps congénitaux et préjudice*”).

⁵⁶ *Draon c. France* (*requête n.º 1513/03*) e *Maurice c. France* (*n.º 11810/03*), 06 de outubro de 2005, TEDH.

⁵⁷ *Conseil Constitutionnel*, 11 de junho de 2010, *DC n.º 2010-2 QPC*.

⁵⁸ *Cour de Cassation*, 15 de dezembro de 2011, *pourvoi n.º 10-27.473*.

4.1.7. A jurisprudência holandesa

Por último, merece referência o mediático caso *baby kelly*, visto na jurisprudência holandesa, no qual a *Hoge Raad*, o mais alto tribunal do país, admitiu uma pretensão indenizatória movida pelos progenitores (*wrongful birth*) e outra movida pela criança, representada por seus pais (*wrongful life*), contra a médica obstetra e o hospital, que apesar da solicitação expressa da mãe (devido a um quadro de alteração genética existente na família que lhe causara dois abortamentos espontâneos), deixaram de realizar testes pré-natais que permitiriam identificar a saúde fetal. Nos termos da decisão de 18 de março de 2005, os progenitores foram indenizados pelos danos patrimoniais (despesas relativas ao sustento de uma criança com deficiência, até completar 21 anos de idade) e não patrimoniais (por violação do direito à autodeterminação reprodutiva da gestante). A mãe, a título individual, recebeu ainda uma indenização pelas despesas com tratamento psiquiátrico pelo fato do nascimento indesejado de uma criança portadora de deficiência. A criança, por sua vez, foi indenizada pelos danos não patrimoniais, pelo simples fato de ter nascido⁵⁹.

4.2. A posição vista na jurisprudência portuguesa

No contexto da jurisprudência portuguesa, a primeira decisão a tratar dessas ações surgiu em 2001, num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que negou provimento a uma ação de *wrongful life*⁶⁰. Em linhas curtas, o caso dizia respeito a uma criança nascida com graves anomalias não detectadas durante a gravidez, pelo fato de o médico e a clínica de radiologia não terem atuado com a diligência necessária às condições específicas da gestante, que demandava a realização de exames mais minuciosos em DPN, tolhendo-se, dessa forma, a possibilidade de a mãe optar pela IVG não punível.

Na decisão de improcedência do STJ, três argumentos foram considerados: (i) inexistência de conformidade entre o pedido e a causa de pedir, pelo que o filho “invoca danos por si sofridos, mas assenta o seu eventual direito à indemnização na supressão de uma faculdade que seria concedida à mãe (ou aos pais)”, qual seja, a privação da possibilidade de escolha em se decidir pela interrupção ou não da gravidez (nessa lógica, “o pedido de indemnização deveria ser formulado pelos pais e não por ele”); (ii) não se encontra consagrado na ordem jurídica portuguesa um “direito à não existência”; e (iii) na hipotética admissibilidade

⁵⁹ *Hoge Raad*, 18 de março de 2005, C03/280HR.

⁶⁰ Ac. do STJ n.º 01A1008, de 19 de junho de 2001.

desse direito, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor, mas somente por ele próprio, quando atingisse a maioridade (dado o caráter eminentemente pessoal dessa reivindicação, que não admitiria representação).

Volvidos um pouco mais de dez anos, no início de 2012, a jurisprudência, nomeadamente o Tribunal da Relação de Lisboa, voltou a manifestar-se sobre essas ações, agora em sede de *wrongful birth* e *wrongful life*, a propósito do pedido intentado por um casal em nome próprio e em nome da filha (em representação), que nasceu com grave malformação (ausência do membro inferior esquerdo) não detectadas nos exames de ecografia materno-fetal, que, se conhecidas antes do parto, permitiria aos progenitores se prepararem para o nascimento de uma filha com deficiências ou ainda ter optado por interromper a gestação, nos termos admitidos pela lei penal⁶¹.

Em decisão de 1.ª instância, a ação movida em desfavor do médico ginecologista-obstetra e da clínica em que os exames foram realizados, fora julgada parcialmente procedente, absolvendo-se a clínica e condenando-se o médico a pagar, a cada um dos pais, uma indenização por danos não patrimoniais no valor de € 7.500,00, “resultantes da frustração da expectativa destes últimos de que iriam ter uma filha saudável, sem deficiências, e da impossibilidade de se preparem psicologicamente para tal facto, com que foram confrontados no momento do nascimento da sua filha”.

O TRL, por sua vez, após recurso interposto pelo médico, decidiu por manter a sentença nos seus exatos termos, tendo em conta alguns pontos que merecem referência. Primeiro, considerou que a ausência do membro inferior esquerdo do feto era uma malformação possível de se diagnosticar nas quatro ecografias obstétricas realizadas às “15 semanas + 6 dias, às 21 semanas + 2 dias e às 31 semanas + 6 dias” (o que fora corroborado por depoimentos de profissionais médicos especializados), salvo se as circunstâncias técnicas do exame não a permitissem, o que, contudo, não é referido. Depois, atendendo a teoria da causalidade adequada, entendeu que a conduta ilícita e culposa do médico, consubstanciada na falha da detecção da malformação fetal e a omissão na comunicação desse quadro aos pais, “não foi, de todo, indiferente para a produção do dano não patrimonial sofrido pelos Autores/Apelados ao verem-se, inesperadamente, confrontados, no momento do parto, com uma filha nascida sem o membro inferior esquerdo – o que tanto basta para se poder afirmar a existência de nexo de causalidade adequada entre o facto ilícito e culposo praticado pelo Réu/Apelante e o dano moral sofrido pelos Autores/Apelados”. Ademais, fez ainda menção ao facto de que a sentença recorrida partiu

⁶¹ Ac. do TRL n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, de 10 de janeiro de 2012.

do erróneo pressuposto de que a interrupção voluntária da gravidez, naquele caso, não seria permitida em termos legais (razão pela qual a indenização por danos não patrimoniais resultou da frustração de que não iriam ter um filho sem deficiência e da impossibilidade de se prepararem psicologicamente para o nascimento de uma criança naquelas condições), o que, contudo, não encontrava entendimento no artigo 142.º, n.º 1, al. “c” do CP, que admite o abortamento por motivos fetopáticos, sendo que “a dúvida porventura existente sobre o êxito ou inêxito da pretensão dos Autores/Apelados de interromper a gravidez, naquela ocasião, não pode deixar de ser resolvida, nos termos do artigo 516.º do CPC, contra o Réu/Apelante (a quem a prova dessa circunstância factual aproveitaria), e não contra os Autores/Apelados”. Finalmente, enfatizou que o fundamento da pretensão indenizatória movida pelos progenitores não residia na verificação do fato de terem sido impedidos de abortar, mas antes na possibilidade de livremente tomarem aquela decisão.

Ainda, curioso notar que a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa apenas tratou do recurso interposto pelo médico contra a condenação que lhe foi imposta a título de danos não patrimoniais, o que, contudo, não impediu o Tribunal de observar (sem qualquer vinculação quanto a esse ponto) que, caso os pais/autores “não tivessem deixado deserto o recurso subordinado que chegaram a interpor da sentença, certo que o Tribunal da Relação condenaria o R. a indemnizar os AA./Apelados de todos os mencionados prejuízos de índole patrimonial e atribuiria a estes uma indemnização por danos não patrimoniais de montante muito superior à arbitrada na sentença recorrida, cujos parâmetros se circunscreveram, exclusivamente, ao dano não patrimonial consubstanciado no choque psicológico causado pelo facto de os AA. terem sido surpreendidos, só no momento do parto, com o facto inesperado de a sua filha não ter membro inferior esquerdo, descurando, indevidamente, aquela outra dimensão do dano moral traduzida na dor sofrida pelos Autores A e B devido ao facto de a filha ficar limitada para o resto da sua vida em vários aspectos”.

No que diz respeito ao pedido de indenização em sede de *wrongful life*, mantiveram a posição de repúdio em desfavor da ação proposta pela criança.

Em linhas semelhantes, também em 2012, o Tribunal da Relação do Porto manifestou-se em uma demanda relativa à ação de *wrongful birth* e *wrongful life*, proposta pela mãe e pela criança (representada por aquela) contra o médico radiologista e a clínica, por terem incorrido em erro na apreciação e diagnóstico das ecografias realizadas durante a gravidez, posto que não detectaram as significativas anomalias fetais, conduzindo ao nascimento de uma criança com síndrome poliformativa (“designadamente sem mãos nem braços, deformação dos pés, da língua, do nariz, das orelhas, da mandíbula e do céu da boca”). Segundo consta dos autos, teria o médico apontado que o bebê era “perfeita-

mente normal”, ao ponto de indicar no monitor onde estariam os membros do nascituro⁶².

Quanto à ação de *wrongful birth*, considerou o Tribunal da Relação que “o erro de diagnóstico das patologias e a omissão do inerente dever de informação impediram a grávida de beneficiar do regime legal de interrupção voluntária da gravidez, violando assim o seu direito à autodeterminação, enquanto direito de personalidade, pelo que, existindo o necessário nexo de causalidade, o médico é responsável pelos prejuízos daí emergentes”. Em termos de indemnização, condenou os réus, de maneira solidária, a pagarem à mãe o montante de € 200.000,00, a título de danos não patrimoniais (traduzidos, em suma, na violação de seu direito a autodeterminação reprodutiva, acrescidos do desgosto e preocupação com o nascimento e a criação de um filho com graves malformações) e patrimoniais (correspondentes à diminuição dos seus ganhos económicos, pela impossibilidade de trabalhar para cuidar do filho). A esta indemnização, junta-se a condenação dos réus à obrigação de arcarem com as despesas futuras relativas ao acompanhamento clínico permanente da criança, as próteses que necessitar, bem como a educação e instrução especial de que a criança tiver em razão da deficiência, com a contratação de professores, técnicos e material de ensino especialmente direccionado ao seu estado de saúde.

Já quanto à ação de *wrongful life*, o TRP considerou que a procedência dessas pretensões indenizatórias implicaria na consideração da própria vida como um dano, o que acabaria por colidir com o princípio da dignidade humana. Nas palavras da Corte, “não nos parece, assim, que possa defender-se um direito a indemnização por violação de um direito a inexistir ou a não nascer, sem consagração legal. De acordo com a doutrina dominante, pedir essa reparação é pedir ao Direito que considerasse a morte preferível à vida deficiente, o que é de todo impossível, por contrariedade aos pilares de um sistema jurídico civilizado, devendo favorecer-se sempre a vida sobre a não existência”. Em especial quanto à indemnização das despesas excepcionais de sustento da criança nascida com deficiência, enfatiza o Tribunal da Relação que são danos próprios da mãe, não do filho, pelo que cabe aos pais, no âmbito de suas responsabilidades parentais, “promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos” (artigo 1.885.º, n.º 2 do CC), sendo, em princípio, deveres irrenunciáveis (artigo 1.882.º do CC). Isto significa que, “devendo ser a A. a dar satisfação às excepcionais exigências educativas do C..., é na esfera jurídica daquela, e não do último, que se situa tal dever funcional; é ali que o dever se agrava em razão das condições e necessidades especiais da vida da criança. Ora, viabilizando o

⁶² Ac. do TRP n.º 9434/06.6TBMTS.P1, 01 de março de 2012.

nascimento de uma criança que, por vontade da A. não teria nascido, o R. E... provocou um anormal agravamento do grau de exigência educacional na esfera jurídica da progenitora, despesas ou danos acrescidos que, por via da sua conduta, ela terá que suportar. São danos próprios da A., não do filho”.

Suscitado a se manifestar, o STJ manteve a orientação seguida naquele acórdão de 19 de junho de 2001, pelo que rejeitou o pedido de indenização da criança, por considerar “inadmissível o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido (para além igualmente das questões suscitadas a nível da quantificação do valor da vida – quanto vale a vida? pode uma vida valer mais do que outra? uma vida com deficiência é menos valiosa que uma vida sem deficiência? quais os critérios de valoração? etc – caso tal indemnização fosse possível)”⁶³.

Ainda em 2012, outro caso merece referência, pelos argumentos que são levados em consideração em algumas decisões. Trata-se de uma ação ajuizada pelos pais em nome próprio (*wrongful birth*) e em nome do filho (*wrongful life*), contra a clínica de radiologia e seus médicos, que após a realização de alguns exames ecográficos (realizados na 8.^a, 21.^a e 30.^a semanas), informaram não existir qualquer problema de malformação fetal, o que, contudo, não veio a se verificar, já que a criança nasceu com gravíssimas malformação dos membros superiores e inferiores, que resultava numa incapacidade permanente de 93%. Segundo os autores, essa deformação seriam detectáveis já na 12.^a semana, o que, por descuido e negligência imputado aos réus, não veio a ocorrer, impossibilitando que os progenitores pudessem optar pela interrupção da gravidez ou ainda sujeitar o feto a tratamentos específicos, que permitiriam diminuir, significativamente, as malformações existentes.

Em decisão de 1.^a instância, obtiveram parcial provimento, condenando-se a clínica e um dos médicos a indenizarem, solidariamente, a quantia de € 35.000,00, a cada um dos pais, a título de danos não patrimoniais. Ainda, a título de danos patrimoniais, condenaram a clínica a ressarcir as despesas que os progenitores vierem a ter com a substituição das próteses do filho, até atingir os 18 anos de idade. Na sentença, “considerou-se que as rés condenadas incorreram em responsabilidade contratual perante os autores, qualificando-se a obrigação atinente aos exames ecográficos como obrigação de resultado, incumprida por negligência. Entendeu-se, ainda, que o nexo de causalidade se estabeleceu entre a atuação das rés – realização de um diagnóstico errado na segunda ecografia (morfológica) – e a faculdade de optarem pela interrupção da gravidez, de que os autores se viram, então (às 21 semanas), privados por falta de informação”⁶⁴.

⁶³ Ac. do STJ n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, de 17 de janeiro de 2013.

⁶⁴ Como destacado pelo Tribunal Constitucional, no ac. n.º 55/2016, 14 de março de 2016.

Já quanto a pretensão movida pela criança (representada por seus pais), teve como resultado a improcedência, ao argumento de que não seria admissível a indenização pelo dano de ter nascido.

Em recurso dos réus ao Tribunal da Relação de Guimarães, a sentença foi revogada, por se considerar, em suma, que não existe nexo de causalidade entre o sofrimento dos pais e a atuação dos réus (já que o dano decorrente do desconhecimento atempado das graves deformações do filho não foi causado pela ausência de informação tempestiva quanto ao seu estado de saúde, mas sim pela existência concreta das referidas malformações, causadas pela síndrome de bandas amnióticas que se formaram na gestação) e que não existia direito à indenização oriundo da supressão de escolha de se interromper ou não a gravidez⁶⁵.

Em recurso ao Supremo Tribunal de Justiça, dessa vez interposto pelos autores, restabeleceu-se a sentença, tendo o STJ destacado que, ao contrário do que concluiu o Tribunal da Relação, existe nexo de causalidade suficiente entre a conduta das rés e o dano alegado. Para o Supremo, um fato só deixará de ser causa adequada do dano, “desde que se mostre, pela sua natureza, de todo, inadequado e tenha sido produzido, apenas, em consequência de circunstâncias anômalas ou excepcionais, sendo que, no caso, o comportamento dos réus foi determinante, ao nível da censura ético-jurídica, para desencadear o resultado danoso”. Nesse desenvolvimento, “o nexo de causalidade entre a ausência de comunicação do resultado de um exame, o que configura erro de diagnóstico, e a deficiência verificada na criança, que poderia ter culminado com a faculdade de os pais interromperem a gravidez e obstar ao nascimento, constitui, *in casu*», o pressuposto determinante da responsabilidade civil médica em apreço. Se o médico executa ou interpreta mal um diagnóstico pré-natal produz um resultado negativo falso, concluindo-se a gravidez que a mãe teria podido interromper, podendo, então, dizer-se que a conduta culposa do médico foi a causa do nascimento com a deficiência grave que não foi diagnosticada”. Observa ainda que, a partir do momento em que o Código Penal admite a interrupção da gravidez, tendo em consideração a informação segura de que o feto nascerá com malformação congénita incurável, não está em causa o fato de a pessoa decidir num sentido ou noutro, mas antes de escolher abortar ou dar continuidade a gravidez⁶⁶.

Irresignados, e após suscitarem nulidade do acórdão do STJ, o qual foi mantido, interpuseram recurso ao Tribunal Constitucional, alegando, em síntese, “a inconstitucionalidade, por violação dos artigos 24.º, n.º 1 e 67.º, n.º 2, alínea d) da CRP, dos artigos 483.º, 798.º e 799.º do CC, interpretados estes no sentido

⁶⁵ Ac. do TRG n.º 1212/08.4TBBCL.G1, de 19 de junho de 2012.

⁶⁶ Ac. do STJ n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, de 12 de março de 2015.

de constituir dano indenizável, nos termos gerais da responsabilidade civil, a vida com deficiência e a ausência da possibilidade de escolha pela interrupção voluntária da gravidez, por violação do direito à informação relativa a exame médico, que permitiria uma decisão esclarecida dos progenitores no sentido do prosseguimento ou não prosseguimento da gravidez, em virtude da efetiva verificação de malformações graves do feto, no âmbito de uma ação por nascimento indevido (*wrongful birth action*)”. Em resposta, a Corte Constitucional decidiu pela improcedência do recurso, concluindo que “a atribuição de uma indemnização em nada interfere com o direito à vida, não sendo expressão ou negação da sua tutela. Em última análise, está (esteve) apenas em causa o direito dos progenitores se autodeterminarem nas suas opções reprodutivas, dentro do universo de possibilidades lícitas a tal respeito, direito irremediavelmente afetado pela falta de prestação de uma informação adequada por parte dos Recorrentes, sendo esta (a informação) contratualmente devida e situando-se a o direito à indemnização, apenas, no quadro da reparação do dano decorrente do incumprimento da prestação devida”⁶⁷.

Depois, em 2014, o Tribunal da Relação de Lisboa voltou a manifestar-se em uma ação de *wrongful birth*, intentada contra o médico e o hospital, alegando, em síntese, que o primeiro réu atuou de forma negligente no acompanhamento da gravidez, já que a malformação fetal (hérnia diafragmática congénita) deveria ter sido detectada tempestivamente; que os réus, embora reconhecendo a inviabilidade fetal, recusaram à gestante a possibilidade de interromper a gravidez; que a criança veio a nascer com vida, muito embora tenha falecido, no mesmo dia, de hipoplasia pulmonar grave, causada pela hérnia diafragmática congénita; que, por isso, sofreram de forma grave, intensa e por um longo período. Daí emerge o pedido de que os réus sejam condenados, solidariamente, a pagar aos autores, a título de danos não patrimoniais, a quantia de € 100.000,00⁶⁸.

A ação, contudo, que já tinha sido julgada improcedente em 1.ª instância, obteve o mesmo desfecho desfavorável em sede de recurso. Para o TRP, não restou comprovado de que dá ecografia realizada (às 21 semanas e 2 dias de gravidez) seria possível diagnosticar a malformação fetal mencionada, o que teria permitido, em teoria, a IVG até a 24.ª semana; nem mesmo de que existiriam “seguros motivos para prever que o nascituro viria a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, para que a autora pudesse ponderar a interrupção de gravidez nas primeiras 24 semanas”. Dessa forma, conclui que não seria possível dizer que “os recorrentes ficaram impossibilitados de decidir, de forma livre e esclarecida, sobre a interrupção da gravidez. Sendo

⁶⁷ Ac. do TC n.º 55/2016, de 14 de março de 2016.

⁶⁸ Ac. do TRL n.º 57/11.9TVLSB.L1-7, de 29 de abril de 2014.

que, como já se referiu, o dano, em casos como o dos autos, reside naquela impossibilidade de escolha”.

Passados mais alguns anos⁶⁹, a jurisprudência mais recente é sobre um acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de julho de 2021, em que se indeferiu uma ação de *wrongful birth*, já que o caso tratava de uma gravidez ocorrida no ano de 1995 e as técnicas de DPN só vieram a ser paulatinamente adotadas em 1997⁷⁰. Nas palavras do TRP, “o conteúdo do dever do médico/clínica está limitado ao grau de conhecimento da data não podendo ser exigido a adoção em 1995 de técnicas de diagnóstico pré-natal que só vieram a ser paulatinamente adotados após 1997”. Na decisão, ressalta-se ainda que a progenitora nunca revelou preocupação por deformações do feto, nem tinha condições pessoais que medicamente justificassem esse risco, pelo que “não era exigível ao médico que informasse a mesma de métodos invasivos que não seriam aconselhados e por isso aplicáveis”.

Ademais, o Tribunal da Relação chamou a atenção ao fato de que nas ações de *wrongful birth*, o direito à indenização depende da possibilidade de a gestante poder abortar, o que, naquele caso, já não era mais possível. Na data dos fatos, estava vigente o Código Penal na versão oferecida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março e na versão da Declaração n.º 73-A/95, de 14 de maio, quando o aborto por grave doença ou malformação congénita do feto era permitido até a 16.ª semana (antigo artigo 142.º, n.º 1, al. “c” do CP), sendo que naquele caso a gestante nunca poderia realizar licitamente essa interrupção, já que nunca teria conhecimento da malformação antes das 16 semanas de gestação.

5. **Análise crítica das controvérsias suscitadas pelas ações de *wrongful birth* e *wrongful life* no plano dos pressupostos constitutivos da responsabilidade civil**

Num enquadramento geral, para que se configure a falta médica, os pressupostos constitutivos da responsabilidade civil devem ser preenchidos. Com efeito, deve-se ter em conta a existência de um fato ilícito e culposo do médico,

⁶⁹ Nesse interim, vale citar o midiático caso do “bebê sem rosto”, nascido em 2019, com severas malformações não detectadas pelo médico obstetra (o bebê nasceu sem nariz, olhos e parte do crânio). No início de 2022, tem-se notícias que os pais do bebê ingressaram com uma pretensão indenizatória em nome próprio e em representação ao filho (cfr. JORNAL DE NOTÍCIAS. *Pais do bebê sem rosto entregam pedido de indemnização em tribunal*, abr. 2022, disponível em: <https://www.jn.pt/justica/pais-do-bebe-sem-rosto-entregam-pedido-de-indemnizacao-em-tribunal-14807876.html>, acesso em: 26/06/2022)

⁷⁰ Ac. do TRP n.º 5397/16.8T8PRT.P1, 01 de julho de 2021.

o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano. No campo específico da atuação médica em sede de diagnóstico pré-natal, a avaliação não será diferente, pelo que a ausência de quaisquer desses pressupostos, torna-se impossível a imputação da responsabilidade civil do profissional médico.

Ainda assim, quando tratamos das ações de *wrongful birth* e *wrongful life*, algumas dificuldades se colocam nesse âmbito, o que, em alguns casos, têm conduzido a doutrina e a jurisprudência a se manifestarem pela improcedência dessas pretensões indenizatórias, afastando-se, conseqüentemente, a obrigação de indenizar do médico.

É nesse contexto, portanto, que centramos nossa análise, na tentativa de superar as dificuldades impostas e, concludentemente, enquadrar os pressupostos constitutivos da responsabilidade civil a essas ações, tal como originalmente concebido e regulamentado pelo Código Civil.

5.1. *Fato ilícito e culposo do médico*

Ora, desde já, quanto ao fato ilícito do médico, não há hesitações em reconhecer que poderá corresponder a situações em que, por exemplo, o médico realiza mal um DPN ou interpreta os resultados de forma equivocada, produzindo-se, em ambas as hipóteses, um “falso negativo” (*v.g.*, um diagnóstico que indique a inexistência ou baixa probabilidade de o embrião ou feto ser portador de alguma anomalia congênita, quando deveria indicar que esses problemas eram certos ou muito prováveis). Também será o caso em que o médico não realiza os testes genéticos em uma gravidez de risco ou quando simplesmente não comunica o resultado dos exames aos progenitores (ou se comunica, o faz com uma linguagem incompreensível, omite informações importantes ou fora do tempo hábil para se realizar uma IVG não punível). Com efeito, o que se verifica em todas essas condutas é uma autêntica violação das *leges artis*⁷¹, seja na falha do dever de cuidado ou do dever de informação. E muito embora as *leges artis* materializem o requisito da ilicitude, acaba por igualmente repercutir na culpa, já que o conteúdo dessas regras cristaliza os deveres de cuidado e diligência exigíveis ao médico⁷², aferida com base no critério do “bom pai de família” (cf. artigo 487.º, n.º 2 do CC, aplicável à responsabilidade contratual *ex vi*

⁷¹ FIGUEIREDO, Eduardo Antônio da Silva. “Believe me, we have enough imperfection built-in already”: breves reflexões sobre as denominadas ações de «wrongful genetic makeup». *Revista Julgar Online*, mai. 2020, p. 25.

⁷² RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 85.

artigo 799.º, n.º 2, do CC), o que, se transposto para o domínio da responsabilidade civil médica, nos remete para um critério de aferição da culpa segundo a “diligência exigível a um profissional mediantemente informado e habilitado”⁷³.

Diante disso, para que a conduta médica se revele ilícita e culposa deve-se verificar, *in concreto*, o contexto em que se desenvolveu a intervenção, como as condições gerais do hospital, laboratório ou clínica, os instrumentos colocados à disposição do médico ou própria possibilidade de se utilizar exames complementares para se estabelecer com razoável grau de certeza a conduta recomendável⁷⁴. Essa análise, aliás, revela-se com alguma importância, porque na apreciação concreta da ação médica, pode-se perceber que algumas situações não caberiam no leque da *wrongful birth* e da *wrongful life*, por não se verificar os pressupostos da ilicitude e/ou culpa.

Desde já, tem-se o caso em que não seria possível detectar a doença ou mal-formação genética da criança por limitações impostas pela própria técnica, ainda que se realizasse diversos exames⁷⁵. É o que ocorre, por exemplo, com a esquizofrenia, atualmente não detectável na fase pré-natal⁷⁶. Ainda assim, embora se defronte com resultados inexatos, dúbios ou pouco fidedignos, deverá o médico insistir em outros exames ou, pelo menos, informar aos progenitores das incertezas que os resultados lhe despertam e que não existem meios de afirmar de forma confiável o diagnóstico⁷⁷.

Também não foge ao exemplo as situações em que existia efetivamente exames ou testes genéticos aptos a identificar o estado de saúde do nascituro, mas que, à época dos fatos, não havia qualquer protocolo médico que determinasse, no caso concreto, sua realização⁷⁸. Para tanto, veja-se o exemplo oferecido pelo SAP de Barcelona, numa decisão de 08 de maio de 2000, no qual, embora os autores alegassem que o médico deveria ter realizado uma *triple screening* (um exame de sangue específico que pode mostrar um alto risco de

⁷³ SOUSA, Miguel Teixeira de. Sobre o ônus da prova nas acções de responsabilidade civil médica. In: *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 122-144, p. 135.

⁷⁴ Como observa BORGES, Daniella Aloise. *Wrongful birth action e o dever de informar*. *Lex Medicinæ*, n.º 4, vol. 1, 2019, p. 155-165, p. 159.

⁷⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life e wrongful birth*), op. cit., p. 85.

⁷⁶ MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad civil médica: las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. *Revista de Derecho*, n.º 27, jul. 2007, p. 3-37, p. 19.

⁷⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life e wrongful birth*), op. cit., p. 86 e BORGES, Daniella Aloise. *Wrongful birth action e o dever de informar*, op. cit., pp. 159-160.

⁷⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life e wrongful birth*), op. cit., p. 86.

síndrome de Down), o Tribunal entendeu que o referido teste não fazia parte do protocolo médico no momento da gravidez, o que, de fato, só veio a ocorrer anos depois⁷⁹. Não muito diferente, foi o citado acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 01 de julho de 2021, em que o TRP indeferiu a ação proposta pelos pais (*wrongful birth*), por se entender que “o conteúdo do dever do médico/clínica está limitado ao grau de conhecimento da data não podendo ser exigido a adoção em 1995 de técnicas de diagnóstico pré-natal que só vieram a ser paulatinamente adotados após 1997”⁸⁰.

O mesmo se pode dizer da situação em que o exame exigível não foi realizado pelo médico porque os progenitores não transmitiram as informações que justificassem sua realização⁸¹. Foi o que se viu, por exemplo, no caso *Munro v. Regents of University of California*⁸², em que o médico não foi responsabilizado por não detectar a doença de Tay-Sachs, pelo fato de que os pais não teriam informado de sua origem no leste europeu, o que seria importante para determinar a conduta médica, já que esse distúrbio genético é muito frequente naquela região.

Ainda, incluímos a hipótese em que não existia qualquer indício pessoal por parte da gestante que medicamente justificasse a realização de exames e testes genéticos pelo médico. Novamente, foi o caso destacado pelo TRP, de 2021, ao entender que “se a progenitora nunca revelou preocupação por deformações do feto, nem esta tinha condições pessoais que medicamente justificassem esse risco, não era exigível ao médico que informasse a mesma de métodos invasivos que não seriam aconselhados e por isso aplicáveis”⁸³. A esse propósito, aliás, a jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol é curiosa, já que, num curto período de tempo (entre 2007 e 2008), afastou a responsabilidade médica em casos de crianças nascidas com malformações mas que a gravidez era considerada normal e nada permitia suspeitar de qualquer intercorrência que impusesse ou até mesmo aconselhasse o uso de DPN, e depois, num segundo processo, condenou o médico por não ter realizado uma *triple screening* em uma gravidez para o qual o exame não seria recomendado⁸⁴. Mas nesse último caso é de se registrar nossa discordância, seja porque não seria exigível conforme o proto-

⁷⁹ Decisão citada por MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad civil médica: las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life, op. cit., p. 18.

⁸⁰ Ac. do TRP n.º 5397/16.8T8PRT.P1, 01 de julho de 2021.

⁸¹ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 86.

⁸² *Munro v. Regents of University of California*, 1989, 215 Cal. App. 3d 977, 263 Cal. Rptr. 878.

⁸³ Ac. do TRP n.º 5397/16.8T8PRT.P1, de 01 de julho de 2021.

⁸⁴ Decisões citadas por RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., pp. 87-88.

colo médico, seja porque a realização da imensa panóplia de exames de DPN existentes seria economicamente insustentável para os progenitores ou simplesmente porque a boa prática médica não exige que assim ocorra, já que muitos desses exames (*v.g.*, a amniocentese) implicam em riscos para o nascituro, pelo que a condenação médica não se justificaria.

Coisa diferente, contudo, acontece quando a doença ou malformação pudesse vir a ser detectada, mas não naquele hospital, clínica ou laboratório em que a gestante realizou os exames e testes genéticos, porque não possuíam aparelhos adequados. Para esse caso, parece-nos mais razoável falar em responsabilização do hospital, clínica ou laboratório quando for exigível a esses a aquisição de determinados aparelhos, afastando-se, por sua vez, um comportamento ilícito e culposo por parte do médico, porque não recai sobre ele o poder de decidir quais aparelhos adquirir⁸⁵. Porém, ainda que o aparelho não seja exigível ao hospital, clínica ou laboratório (principalmente tendo em conta os altíssimos custos que podem vir associados à sua aquisição), parece-nos possível imputar responsabilidade ao médico, quando este, por exemplo, não informa os progenitores sobre esse fato (da existência de aparelhos e métodos que efetivamente poderiam detectar a doença ou malformação), porque se assim ocorrer, estaremos perante um dano no que respeita ao consentimento informado, que também poderá valer a títulos dessas ações⁸⁶.

Ademais, antes que se avance para a análise do dano, há situações em que, embora seja possível verificar a existência de uma conduta ilícita e culposa do médico, não terá lugar em termos de *wrongful birth* e *wrongful life*, o que, essencialmente, irá depender do regime legal imposto ao aborto e ao recurso do DGPI.

Em se tratando de diagnóstico genético pré-implantação, sublinhe-se que a conduta ilícita e culposa do médico deve ocorrer, pelo menos em termos de *wrongful birth* e *wrongful life*, em países que admitem o recurso a esse diagnóstico, como é o caso de Portugal, que submete a decisão de transferência embrionária para ambos os progenitores (não apenas para a mãe, como sucede na decisão de interromper a gravidez), nos termos dos artigos 14.º, n.ºs 1 e 4 e 25.º, n.º 4 da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, conhecida como Lei de Procriação Medicamente Assistida (LPMA). Em ordenamentos jurídicos que não admitem a figura, como parece óbvio, não estará em causa uma conduta ilícita e culposa

⁸⁵ Como pondera RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), *op. cit.*, p. 87, apesar de considerar a instituição (hospital, laboratório ou clínica) sempre responsável.

⁸⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), *op. cit.*, p. 87.

do médico que, por exemplo, informe mal os progenitores sobre os resultados de uma DGPI e dê causa a uma gravidez de uma criança que padeça de graves malformações.

Depois, sublinhe-se também que a conduta ilícita e culposa do médico deve ocorrer, mais uma vez em termos de *wrongful birth* e *wrongful life*, em ordenamentos jurídicos que admitem o aborto embriopático ou fetopático – entre nós até às 24 semanas de gravidez, quando “houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita”, ressaltando-se “as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo” (artigo 142.º, n.º 1, al. “c” do CP) –, pois a partir da falha médica, em DPN, é possível vislumbrar a privação de uma escolha reprodutiva por parte da mãe em interromper ou não aquela gravidez, que, ao fim e ao cabo, deu causa a um nascimento e/ou uma vida indesejada. Bem menos alargado será a hipótese de IVG não punível com fundamento no artigo 142.º, n.º 1, al. “e” do CP (“For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez”), o que, ainda assim, valerá no âmbito dessas ações.

Se assim não for possível, isto é, quando o aborto não for legalmente admitido, as pretensões indenizatórias em sede de *wrongful birth* e *wrongful life* não serão admissíveis⁸⁷, porque, em boa verdade, seria indiferente para os progenitores terem ou não conhecimento da malformação fetal ou embrionária, por exemplo, já que nada poderiam fazer para alterar essa situação. O problema que se colocará será, portanto, outro (*v.g.*, a indenização pelos danos não patrimoniais sofrido pelos progenitores ao serem surpreendidos com o nascimento de uma criança doente, quando haviam recebido a informação de que seu filho nasceria saudável⁸⁸), que foge ao alcance dessas ações.

Reforce-se – porque nunca será demais fazê-lo –, que em ordenamentos jurídicos que só admitem o aborto por outros motivos (*v.g.*, quando ponha em perigo a vida ou a saúde física ou psíquica da mulher grávida), o fato de existir malformações fetais, por exemplo, não permitiria a gestante decidir pela interrupção da gravidez, de modo que o erro médico no diagnóstico não levaria à privação desse direito. Em outros termos, nas palavras de Andrea Macía Morillo, “*la falta de información a los progenitores sobre los defectos o malformaciones de su descendencia concebida y no nacida no impide a la gestante decidir si interrumpir*

⁸⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 100.

⁸⁸ É o que se viu na decisão do Tribunal de Perugia, de 07 de setembro de 1998 (citada por MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad civil médica: las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, op. cit., p. 17, nota 21).

o no el embarazo, pues esta posibilidad queda sólo condicionada a la puesta en peligro de su salud o de su vida”⁸⁹. Portanto, não existe substrato legal que permita uma típica alegação em sede de *wrongful birth* e *wrongful life*, porque o elemento de justificação na IVG não punível seria outro (novamente, quando a gravidez ponha em perigo a vida ou a saúde física ou psíquica da gestante).

Porém, ainda pode suceder que o regime legal admita o aborto fundado em grave doença ou malformação congénita do embrião/feto, mas, em concreto, a anomalia não poderia ser detectada antes do termo do prazo legalmente oferecido (em Portugal, 24 semanas). A título de exemplo, é o que se viu na decisão do Supremo Tribunal espanhol, de 18 de dezembro de 2003, em que restou comprovado que as malformações congénitas que afetavam a criança só poderiam ser detectadas na segunda e terceira ecografia, praticadas, respectivamente, na 23.^a e 33.^a semana de gravidez, o que estaria fora do prazo admitido pelo Código Penal espanhol para o caso do aborto embriopático⁹⁰. Ou seja, ainda que o médico tenha informado da malformação fetal no momento da realização daquelas ecografias, a gestante jamais poderia ter optado pela IVG não punível tendo como base a causa de justificação indicada. Logo, não seria possível apreciar um dano por privação da faculdade de decidir sobre o aborto, porque essa faculdade nunca existiu⁹¹. A conduta ilícita e culposa do médico, se comprovada, não edificará uma ação de nascimento ou vida indesejada (desponta aqui um outro dano, que conforme explica Vera Lúcia Raposo, “se traduz no choque sofrido pelos pais com o nascimento daquele filho, frustrando a expectativa de uma criança saudável, alimentada durante 9 meses. É certo que a realização do DPN nunca poderia ter evitado aquele nascimento, mas permitiria aos pais preparar-se para a situação. Este dano merece igualmente a tutela do direito, por via de uma compensação por danos patrimoniais, que cabe a ambos os progenitores em igual medida”⁹²).

Coisa diferente, contudo, sucede quando o atraso na realização dos testes e exames pré-natais é imputável ao próprio médico, isto quando, segundo as *leges artis*, o DPN deveria ter lugar mais cedo (e não na data posteriormente realizada). Nesse circunstancialismo, a falta médica permitirá uma típica alega-

⁸⁹ MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad civil médica: las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, op. cit., p. 17.

⁹⁰ Decisão citada por MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad civil médica: las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, op. cit., p. 34.

⁹¹ MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad civil médica: las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, op. cit., p. 34.

⁹² RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 102.

ção em sede de *wrongful birth* e *wrongful life*⁹³. Agora, se as *leges artis* não impunham a realização mais atempada da DPN, quando concretamente poderia ter sido realizado mais cedo, a solução parece passar pelas circunstâncias do caso concreto⁹⁴, apesar de termos dúvidas quanto a efetiva condenação do médico nesses termos.

Outro cenário possível, são os casos em que o embrião/feto é considerado inviável, por nascerem mortos ou que venham a falecer imediatamente após o parto (hipótese em que a interrupção poderia ser praticada a todo o tempo, nos termos do artigo 142.º, n.º 1, al. “c” do CP). Nesses casos, coloca-se em questão saber se a falha médica, em DPN, ainda estaria no âmbito das ações de *wrongful birth* e *wrongful life*, porque, em boa verdade, a própria ideia de escolha reprodutiva (de continuar ou não com a gestação) perde algum sentido, já que no caso de o embrião/feto ser considerado inviável, não nos parece que exista outra possibilidade senão a própria interrupção da gravidez (a *contrario sensu*, a não interrupção jamais resultaria numa vida, ainda que marcada por graves deficiências ou malformações, mas sempre no nascimento sem vida ou imediatamente após o parto). Temos por claro, desde logo, que já não estaria mais em questão a privação de a gestante decidir ou não pela interrupção, mas tão somente a decisão de abortar, única decisão que nos parece razoavelmente possível, o que, de todo modo, parece-nos suficiente para sustentar uma ação de *wrongful birth*, porque a falha médica impediu essa interrupção (e repita-se: não se colocam limites temporais ao aborto de embriões/fetos inviáveis), que, por sua vez, resultou em outros danos consequências, como “o choque e trauma sofridos pelos pais quando finalmente se apercebem da situação do nascituro, em frustração das expectativas criadas, dado que mesmo que não se chegue ao momento do parto ainda assim a gestação poderá ter-se arrastado por vários meses quando poderia (e deveria) ter sido abortada mais cedo” e os “danos patrimoniais por eventuais custos médicos dos tratamentos providenciados à mãe durante uma gestação que já não deveria estar a decorrer”⁹⁵. É igualmente pensável a própria diferença de custos envolvidos numa interrupção da gravidez e no parto, dado que aquele ocorreria se a mãe tivesse sido informada, enquanto esse é o resultado da falha médica. Porém, como parece óbvio, outros

⁹³ Como também considera RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 102, apesar de apenas referenciar a pretensão proposta pelos pais em nome próprio.

⁹⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 102.

⁹⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., pp. 103-104.

danos comuns a essas ações não se colocam, como os custos acrescidos de se sustentar uma criança em condições especiais⁹⁶, já que não existirá um filho para se cuidar.

5.2. O dano em si

Por sua vez, no palco das consequências jurídicas da conduta ilícita e culposa do médico, emergem-se danos patrimoniais e não patrimoniais⁹⁷. Nesta sede, têm-se levantado algumas dúvidas quanto à real existência do dano, isto porque a admissibilidade dessas pretensões indenizatórias implicaria considerar que o dano seria o próprio nascimento e, depois, a vida da criança.

Na *wrongful birth*, por exemplo, a compensação pelos danos patrimoniais e não patrimoniais pleiteada pelos pais, faria supor “que o nascimento *per si* e, depois, a vida com deficiência, constituem um prejuízo para eles, convidando-se, neste contexto, à degradação do valor da vida humana e ao papel dignificante em ser-se pai ou mãe”⁹⁸.

Já nas ações de *wrongful life*, emerge com maior evidencia a questão de determinar se a própria vida da criança pode ser vista como um dano⁹⁹. Para António

⁹⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 103.

⁹⁷ “Os danos patrimoniais na seara médica poderão consubstanciar-se em danos emergentes, resultantes de gastos efetivos que o paciente dispendeu, por exemplo, com exames, medicamento e procedimentos complementares e derivados da conduta ilícita do médico, como lucros cessantes, correspondentes aos valores que o paciente deixou de angariar em decorrência da prática do ato ilícito do médico, como, por exemplo, incapacidade laboral temporária ou deficiência que acarrete na diminuição da capacidade laborativa. Os danos extrapatrimoniais poderão ser morais, biológicos, existências, etc., decorrentes da conduta ilícita do médico. Aqui incluem-se os danos morais decorrentes de dores físicas e psicológicas sofridas pelo paciente, derivadas da violação direta dos direitos da personalidade, da violação de m direito subjetivo ou das consequências da violação do direito à integridade física ou à vida” (VAZ, Aline Regina Carrasco. O ônus da prova na responsabilidade civil médica. *O Direito*, ano 152, n.º 3, 2020, p. 527-558, p. 532).

⁹⁸ Como explica MANSO, Luís Duarte Baptista. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal – o caso das ações de “*wrongful birth*”, op. cit., p. 177, o qual, contudo, vem a discordar dessa construção: “não vemos qualquer tipo de violação do bem da vida em ressarcir os progenitores, num espaço patrimonial, das despesas do sustento de uma criança deficiente, superiores, certamente, às que pensaram vir a ter com uma criança sã. Além disso, no plano dos danos não patrimoniais (morais), o choque emocional, o sofrimento e a angústia pelo nascimento de um filho com deficiência e perante as suas respectivas limitações, apresentam-se justificáveis e atendíveis, não sendo de inferir qualquer belisque ao papel dignificante da responsabilidade parental ao invocar essas circunstâncias a título indemnizatório”.

⁹⁹ Conforme explica LERTÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., p. 603, que se manifesta a favor

Menezes Cordeiro, atribuir uma indenização à criança “por esta ter nascido equivaleria a considerar a sua vida (atual e, porventura, deficiente) como um dano, sendo que a alternativa apontaria não para uma vida ‘normal’, mas para a não-vida. Pedir-se-ia ao Direito que considerasse a morte preferível à vida deficiente, o que é de todo impossível, por contrariedade a qualquer sistema jurídico civilizado”¹⁰⁰. Manuel Carneiro da Frada, por sua vez, sustenta que “pretender que a própria vida é, em si mesma, um dano para com base nisso aceder a uma indenização é, no rigor das coisas, juridicamente inconcebível, porque inconciliável”¹⁰¹. Com alguma flutuação, é o que se percebe também nas decisões anteriormente citadas no âmbito da jurisprudência portuguesa¹⁰².

5.2.1. O dano na ação intentada pelos progenitores

Nas ações de *wrongful birth*, registre-se, desde logo, que o dano reside na anulação de uma decisão reprodutiva dos progenitores, que deu causa ao nascimento de uma criança com grave doença ou malformação genética, precisa-

dessas ações, “a resposta a essa questão pressupõe que a alternativa entre o ser e o não-ser seja resolvida no sentido de considerar a primeira situação como pior do que a segunda, e consequentemente uma desvantagem para o lesado”, o que poderá acarretar, porém, no “risco de uma comercialização da existência humana, na medida em que a mesma se torna objecto de um litígio, o que pode ser fonte de posterior estigmatização”.

¹⁰⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 5.ª rev. e atual. com colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. vol. 4. Coimbra: Almedina, 2019, p. 363. Ainda para o autor, a pretensão indenizatória proposta pelos progenitores seria razoável, fundada num mau cumprimento do contrato de prestação de serviço médico (*ibidem*, pp. 363-364).

¹⁰¹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. A própria vida como um dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite, op. cit., p. 162.

¹⁰² Veja-se, por exemplo, o acórdão do TRP, de 2012, que considerou que a procedência dessas pretensões indenizatórias implicaria na consideração da própria vida como um dano, o que acabaria por colidir com o princípio da dignidade humana. Ainda nas palavras da Corte, “não nos parece, assim, que possa defender-se um direito a indemnização por violação de um direito a inexistir ou a não nascer, sem consagração legal. De acordo com a doutrina dominante, pedir essa reparação é pedir ao Direito que considerasse a morte preferível à vida deficiente, o que é de todo impossível, por contrariedade aos pilares de um sistema jurídico civilizado, devendo favorecer-se sempre a vida sobre a não existência” (ac. do TRP n.º 9434/06.6TBMTS.P1, de 01 de março de 2012). Já em 2013, o STJ manteve a orientação seguida naquele acórdão de 19 de junho de 2001, pelo que seria “inadmissível o ressarcimento do dano pessoal de se ter nascido (para além igualmente das questões suscitadas a nível da quantificação do valor da vida – quanto vale a vida? pode uma vida valer mais do que outra? uma vida com deficiência é menos valiosa que uma vida sem deficiência? quais os critérios de valoração? etc – caso tal indemnização fosse possível)” (ac. do STJ n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, de 17 de janeiro de 2013).

mente quando aqueles recorreram aos expedientes técnicos disponíveis com o objetivo de evitar um tal desfecho¹⁰³. Só será o caso de distinguir a violação *in concreto*, se ocorreu em contexto de DGPI ou no âmbito do DPN.

No primeiro, estará em causa uma lesão à autodeterminação reprodutiva de ambos os progenitores (e não apenas da mãe), dado que nesse particular cenário pertencerá aos dois a decisão sobre a transferência dos embriões, nos termos dos artigos 14.º, n.ºs 1 e 4 e 25.º, n.º 4 da LPMA. Logo, caberá a ambos o direito à indenização integral, como também poderá suceder a interposição de processos individuais e autônomos (*v.g.*, o pai que poderá ajuizar demanda indenizatória a título individual, sem que esteja acompanhado da mãe no polo ativo)¹⁰⁴.

No segundo, a falha médica irá resultar em uma legítima violação à autodeterminação reprodutiva da mulher, porque a decisão de interromper ou não a gestação caberá a ela, independentemente de qualquer interferência do elemento masculino do casal¹⁰⁵, ainda que se reconheça a necessária contribuição biológica do homem no processo reprodutivo e as significativas consequências emocionais, jurídicas e sociais que a paternidade também pode acarretar¹⁰⁶. É

¹⁰³ FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. “Believe me, we have enough imperfection built-in already”: breves reflexões sobre as denominadas ações de «wrongful genetic makeup», *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), *op. cit.*, p. 111.

¹⁰⁵ A esse propósito, alguns exemplos na jurisprudência norte-americana ajudam-nos a ilustrar essa afirmação. No caso *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 53 (1976), por exemplo, a Suprema Corte afastou a necessidade de exigência do consentimento do cônjuge para que a mulher interrompa a gravidez, declarando que “the State cannot ‘delegate to a spouse a veto power which the state itself is absolutely totally prohibited from exercising’”. Anos depois, em *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), a Suprema Corte derrubou uma norma do Estado da Pensilvânia que exigia a notificação do marido em caso de aborto, ao considerar que esse direito era exclusivo da mulher, por ser ela a carregar o fardo físico da gravidez. Manifestando-se em sentido contrário, VERA-CRUZ, Eduardo. *Curso livre de ética e filosofia do direito*. 1.ª ed. Cascais: Princípia, 2010, pp. 229-230 considera que “o aborto não pode ser apenas uma faculdade livremente decidida, por vontade exclusiva da mulher grávida ou com base numa causa não jurifundada. Se assim pudesse ser, no limite, o homem que quer ser pai de um filho de uma mãe que quer abortar, como acto unilateral de vontade assim validado pela lei sem mais, via a sua condição jurídica, face ao feto, degradada: de pai, participante na existência do filho-pessoa, para progenitor sem interferência na sua possibilidade de ser pessoa. A desigualdade entre os dois sexos face à maternidade/paternidade, por razões a que só a natureza responde, não pode ser aqui, como em muitas outras matérias, apenas constatada e regulada, mas antes combatida e igualizada, na construção jurídica a erguer sobre o tema. O homem não pode ser discriminado por não poder albergar o filho no seu corpo, nem ser aceite, pelo direito, como um mero objecto na concepção e nos seus efeitos”.

¹⁰⁶ PRIAULX, Nicolette. Rethinking progenitive conflict: why reproductive autonomy matters. *Medical Law Review*, vol. 16, n.º 2, 2008, p. 169-200, p. 180.

que, em bom rigor, “*reproduction occurs through a woman’s body*”¹⁰⁷, cabendo a ela a última palavra sobre o que acontece com o feto¹⁰⁸. Aliás, não à toa que o legislador português, ao admitir a IVG não punível, submeteu a decisão ao sujeito determinado “mulher grávida” (artigo 142.º, n.º 1 do CP), não resstando dúvidas quanto a esse ponto. Daqui defluem danos patrimoniais e não patrimoniais.

Ao pai, nesse segundo contexto, evidentemente que não estará em causa uma violação a sua autodeterminação reprodutiva, porque, como parece evidente, são danos próprios da mulher, não do homem. Ainda assim, note-se que diversos tribunais têm vindo a admitir danos sofridos pelo pai, com os transtornos e sofrimentos psíquicos de se criar um filho naquelas condições¹⁰⁹; com a frustração da expectativa de ter um filho sem deficiências e da impossibilidade de se prepararem psicologicamente para tal fato¹¹⁰; e os custos das despesas especiais relacionadas ao sustento de uma criança portadora de necessidades especiais¹¹¹. Ao final, são danos consequenciais que se colocam na esfera de ambos os progenitores, com a diferença clara de que o dano à autodeterminação reprodutiva só valerá face a mulher, o que, de certo modo, poderá influenciar no montante da indenização a ser atribuído a essa última a título de danos não patrimoniais¹¹².

¹⁰⁷ PRIAULX, Nicolette. Rethinking progenitive conflict: why reproductive autonomy matters, op. cit., p. 180.

¹⁰⁸ PURDY, Laura. *Reproducing persons: issues in feminist bioethics*. 1.ª ed. Ithaca e Londres: Cornell University Press, 1996, pp. 88 e ss.

¹⁰⁹ STS, 6 de junho de 1997, resolução n.º 495/97.

¹¹⁰ Ac. do TRL n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, de 10 de janeiro de 2012.

¹¹¹ *Becker v. Schwartz*, 46 N.Y.2d 401 (1978); *BGH*, 18 de janeiro de 1983, *BGHZ* 86, 1983, 240-255; *Rand v. East Dorset Health Authority* (2000), 56 BMLR 39; *Hardman v. Amim* (2000), 59 BMLR 58; e STS, 6 de junho de 1997, resolução n.º 495/97.

¹¹² RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., p. 110. Ainda que se perceba, de forma que consideramos equivocada, algumas decisões que não tiveram em conta a posição dessemelhante de ambos os progenitores, como se viu no acórdão do TRL, de 2012, que atribuiu ao pai o mesmo *quantum* que considerou para a mãe. Aliás, nota-se o equívoco do TRL ao considerar que a decisão de interromper ou não a gravidez é uma decisão do casal (e não da mulher): “Desde que a lei penal vigente no país autorizava os pais desta criança a fazer interromper aquela gravidez, ante a previsão segura de que ela iria nascer sem uma perna, não pode deixar de concluir-se que o médico ecografista que, com violação das *leges artis*, não detectou essa malformação congénita incurável e, como tal, não informou tempestivamente os pais desse facto, assim obstando a que eles exercessem o seu indeclinável direito de fazer cessar aquela gravidez, está constituído na obrigação de indemnizar os pais de todos os danos de índole patrimonial e não patrimonial que eles não teriam sofrido se tivessem logrado obstar ao nascimento com vida da sua filha” (ac. do TRL n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, 10 de janeiro de 2012).

Em resumo, como resulta do que dissemos, temos por claro que nas ações de *wrongful birth* é possível vislumbrar danos não patrimoniais pela impossibilidade de exercer o direito à não reprodução da mulher (em DPN) ou de ambos os progenitores (em DGPI), mas também pelo choque sofrido com o nascimento de um filho em condições que não eram esperadas, e para o qual não tiveram a possibilidade de se prepararem, bem como os transtornos e sofrimentos psíquicos de se criar um filho naquelas condições, além da preocupação e incerteza quanto ao seu futuro, especialmente quando já não puderem cuidar dele.

Doutro passo, os danos patrimoniais materializam-se nas despesas extraordinárias relacionadas ao sustento de uma criança portadora de necessidades especiais (os chamados “custos da deficiência”¹¹³), tais como acompanhamento médico, tratamentos hospitalares, internações, cirurgias, medicamentos, próteses, fisioterapia, ensino especial, cuidador, adaptações na casa de morada e no veículo etc.. Acrescente-se, de igual modo, os lucros cessantes derivados da perda do rendimento familiar, oriundos da eventual necessidade de se abandonar a atividade profissional, dado a impossibilidade de se compatibilizar o trabalho e a dedicação exclusiva exigida pela condição do filho.

Ainda quanto aos sobreditos danos patrimoniais, ao contrário do que se possa entender nas ações de *wrongful conception*, em que o valor da indenização deverá cobrir todos os gastos que a criança envolve, porque a própria concepção é indesejada (mas acontece por um ato imputável ao próprio médico)¹¹⁴, deve rejeitar-se, a nosso ver, a mesma conclusão para as ações de *wrongful birth*. É que, em bom rigor, não obstante a falha médica em DPN que resultou no desconhecimento da realidade clínica do feto, ainda assim a concepção não foi acidental e, pelo menos, a gravidez seguiu o seu curso normal, culminando no nascimento de uma criança. Isto significa que “a mãe aceitou suportar as despesas – que, aliás, se encontra inelutavelmente adstrita por força do disposto no artigo 1878.º, n.º 1, do Código Civil – de criar e manter uma criança, não de uma qualquer criança, mas de uma criança não portadora de quaisquer deficiências ou limitações físico-psíquicas”, como explica Marta de Sousa Nunes Vicente¹¹⁵. Aplica-se, portanto, a teoria da diferença (artigo 566.º, n.º 2 do CC), pelo que o *quantum* será calculado tendo em conta os custos extraordiná-

¹¹³ Em referência ao termo utilizado por PEREIRA, André Gonçalves Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, op. cit., p. 223.

¹¹⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a responsabilidade médica, op. cit., p. 88.

¹¹⁵ VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as ações de *wrongful life*: a jurisprudência perruche. *Lex Medicinæ*, ano 6, n.º 11, 2009, p. 117-141, p. 121.

rios, e não daquelas despesas que já eram pressupostas e esperadas no sustento de um filho (as quais os progenitores não se podem furtar, nos termos do artigo 1878.º, n.º 1 do CC)¹¹⁶.

E já em termos de conclusão, não podemos avançar sem antes enfrentar uma outra discussão que se tem colocado: a de se saber se essa pretensão indenizatória estaria dependente de prova da conduta da mãe, caso soubesse da doença ou malformação do filho. Quer dizer, se munida de tais informações, teria, efetivamente, decido por interromper a gravidez? Estaria a indenização condicionada a demonstração desse fato, no pressuposto de que só nessa hipótese existiria dano?

A resposta, segundo cremos, será negativa, porque o dano não residiria na impossibilidade de efetuar o aborto, mas antes na impossibilidade de decidir de forma livre e esclarecida, independentemente de qual seja a escolha¹¹⁷, até porque o que está em causa é a violação do direito à autodeterminação, que numa aceção ampla é entendido como “o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências”, tal como conceitua Joaquim de Sousa Ribeiro¹¹⁸. Aliás, como nota Vera Lúcia Raposo, “só assim adquirem verdadeiro conteúdo os direitos reprodutivos – no caso, o direito à não reprodução – que se têm vindo a reconhecer nas últimas décadas como um direito humano/fundamental que cumpre respeitar e concretizar. Por conseguinte, o dano radica na coartação do exercício de direitos reprodutivos”¹¹⁹. Uma tal conclusão que afaste a existência do dano caso se comprove que a mulher não teria optado pelo aborto¹²⁰, “esmaga parte

¹¹⁶ A favor dessa conclusão, cfr. VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência perruche, op. cit., p. 121 e RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., p. 97.

¹¹⁷ MACÍA MORILLO, Andrea. Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la STS (sala 1.ª) de 24 de octubre de 2008. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, n.º 18, 2008, p. 189-210, p. 205.

¹¹⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22.

¹¹⁹ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., p. 98.

¹²⁰ Na doutrina, nomeadamente OLIVEIRA, Guilherme de. O direito do diagnóstico pré-natal. In: *Temas de Direito da Medicina I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 203-223, pp. 216-217, malgrado reconhecer as dificuldades da prova que se situam na demonstração desse fato, e apesar de referir que esta prova terá de assentar, por exemplo, “na prova de que a maioria das grávidas, nos mesmos casos, pretende a interrupção, na verificação de que a grávida já adoptara a mesma atitude numa gravidez anterior”, diz-nos, em seguida, que não se verifica nexo de causalidade, e, consequentemente, indenização, “se se puder provar que a grávida não teria nunca pretendido a IVG, mesmo que o DPN tivesse sido bem feito e lhe tivesse sido mostrada a grave deficiência do feto”. No Canadá, por

do conteúdo do direito de autodeterminação, se pensarmos nele não só como a possibilidade da pessoa ‘se decidir’, mas como a faculdade da pessoa se decidir numa direção ou em sentido diferente do anterior”¹²¹, o que, a propósito, foi inegavelmente cerceado pela falha médica, sendo legítimo pretender sua responsabilização, e, nessa medida, uma indenização.

Ainda assim, talvez justifique saber, de fato, qual teria sido a decisão final da gestante, pois está prova parece ditar o *quantum* da indenização, porque na eventualidade de se demonstrar que a mãe teria escolhido o aborto, se houvesse sido devidamente informada da realidade clínica do feto, alguns doutrinadores têm defendido um quantitativo superior. Por exemplo, Paulo Mota Pinto sustenta que, nos casos em que o aborto nunca teria sido uma opção para os pais, a indenização deverá cobrir a diferença entre as despesas de se criar um filho sem e um filho com deficiências, mas “se se provar que, sem a falta médica, teriam lícitamente interrompido a gravidez, ou que não teriam concebido a criança, não estarão em causa apenas as despesas acrescidas pela deficiência, mas todas as despesas com o seu sustento e educação”¹²². Vera Lúcia Raposo, embora compartilhe desse desenvolvimento, reconhece a dificuldade prática em se afirmar ou infirmar qualquer decisão dos pais, ainda que alguns indícios possam auxiliar na determinação dessa suposta vontade, porque, efetivamente, “a sua convicção em abstrato, manifestada *a priori* ou *a posteriori*, poderá ser distinta daquela que teria manifestado no momento e na situação concreta, e comportamentos prévios não determinam sem mais qual teria sido o seu comportamento”¹²³, o que a leva a concluir pela inexigibilidade dessa prova¹²⁴. Já Marta de Sousa

exemplo, o “comportamento lícito alternativo” foi discutido nos casos *Amdt v. Smith* e *Mickle v. Salvation Army Grace Hospital* (Citados por AKAZAKI, R. Lee. “Wrongful birth”: an ironic name for a cause of action in the law of medical malpractice, 1999, disponível em: <https://silo.tips/download/wrongful-birth-an-ironic-name-for-a-cause-of-action-in-the-law-of-medical-malpra>, acesso em: 20/07/2022, pp. 01 e ss.). Em *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority*, no Reino Unido, rejeitou-se uma pretensão indenizatória da mãe pelo fato de ela não ter interrompido a gravidez quando teve a oportunidade, muito embora a *Court of Appeal* tenha rejeitado essa decisão (Citada por RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica, op. cit., p. 64, nota 12).

¹²¹ VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência peruana, op. cit., p. 122.

¹²² PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), op. cit., p. 765.

¹²³ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., p. 99.

¹²⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., pp. 99-100: “não é de exigir a prova de que a mãe teria efetivamente abortado naquela situação, não só pela dificuldade de tal prova, mas também porque o dano não se

Nunes Vicente, entende que nas ações de *wrongful birth* “há sempre verificação do nexo de causalidade, e, nessa medida, indemnização” (por estar em causa a violação da faculdade da pessoa se decidir num sentido ou em outro, e não apenas a possibilidade da pessoa se decidir), mas considera que o “*quantum* desta deve evidentemente variar em função do grau de violação do direito em causa”, na medida da certeza que exista sobre a conduta que a mãe teria caso o médico houvesse agido com a diligência e cuidado a que estava vinculado¹²⁵. A ideia da autora é baseada na teoria da perda de chance, desenvolvida pela jurisprudência francesa (“*perte de chance*”), que como explica Muriel Fabre-Magnan, “*le quantum de la réparation de la perte d’une chance varie selon que la chance perdue était plus ou moins grande*”¹²⁶.

Quanto a nós, tendemos a admitir que o *quantum* da indenização deva ter em conta o grau de violação do direito em causa, pelo que, caso se demonstre que, sem a falta médica, a gestante teria lícitamente interrompido a gravidez, o quantitativo poderá ser superior. Tal não significa, porém, que seriam devidos todas as despesas com o sustento e educação da criança, isto porque, ainda que se argumente que o nascimento de um filho naquelas condições era indesejado e que os pais não teriam qualquer despesa com uma criança que prefeririam ter abortado, parece-nos incontestável que a concepção não foi acidental e, pelos menos, as despesas de se criar uma criança em condições “normais” já eram esperadas, as quais os progenitores não se podem furtar, por força do disposto no artigo 1878.º, n.º 1 do CC. A isto, acresce o fato de que, embora adstritos às responsabilidades parentais, poderão sempre abdicar destas obrigações e entregar a criança à adoção. Ora, em boa verdade, nenhum pai ou mãe é juridicamente obrigado a permanecer com um filho que não deseje, podendo sempre optar pela via adotiva, por mais reprovável que tal seja eticamente. O que não podemos aceitar, contudo, é que os pais, permanecendo com a criança, terceirizem responsabilidades que lhes são próprias. Assim, a indenização devida aos

traduz na impossibilidade de abortar, mas sim na impossibilidade de decidir”. Todavia, reconhece que “o efetivo reconhecimento por parte da mãe de que não teria abortado impossibilita qualquer desenvolvimento positivo deste processo. Ou seja, se a mãe nem sequer se apresenta como autora-lesada (o que indica que não considera ter sofrido um dano), ou aparece a litigar mas não alega o dano da violação da autodeterminação reprodutiva (fundamento de todos os demais danos, que são consequenciais), ou invoca o referido dano mas simultaneamente reconhece que nunca teria abortado (o que configuraria uma incongruência entre o pedido e a causa do pedir) o processo sucumbe porque se não se verificar este dano todos os demais perdem sustentação” (p. 100).

¹²⁵ VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência perruche, op. cit., pp. 122-123.

¹²⁶ FABRE-MAGNAN, Muriel. Avortement et responsabilité médicale. *Revue trimestrielle de droit civil*, n.º 2, 2001, p. 289-318, p. 315.

país em termos de danos patrimoniais somente terá em consideração os custos extraordinários de se criar e educar uma criança naquelas condições.

Creemos, por outro lado, que essa prova de vontade deverá incidir sobre o próprio dano à autodeterminação reprodutiva da mulher (no *quantum* a ser concedido em sede de danos não patrimoniais), porque o “peso” dessa violação é evidentemente maior se considerarmos um cenário em que a mãe, se informada, teria efetivamente interrompido a gravidez, mas que devido à falha médica, deu à luz a uma criança que preferiria não ter. É claro, porém, que com essa conclusão não ficam logo resolvidos as controvérsias sobre a prova, porque na medida em que se admita um quantitativo – da indenização por danos não patrimoniais – superior, coloca-se em questão a dificuldade de obtenção dessa mesma prova, isto é, na demonstração de que a grávida teria decidido por abortar, se tivesse sido informada da realidade clínica do feto. De fato, seria virtualmente impossível saber efetivamente qual teria sido a decisão da mãe perante a informação que seria prestada pelo médico¹²⁷. É certo que alguns indícios poderiam auxiliar na descoberta de qual teria sido, supostamente, sua vontade, como o fato de já ter realizado anteriormente interrupções da gravidez com base naquele mesmo fundamento, ou o simples fato de decidir submeter-se a um DPN, que não deixa de relevar uma propensão a hipótese de abortar (no caso de um resultado indesejado)¹²⁸. Contudo, nada disso comprovará qual teria sido a sua opção, porque não passam de meras conjecturas, indícios de vontade, que não determinam qual teria sido o comportamento da gestante na situação concreta¹²⁹.

Perante isso, não vale, a nosso ver, exigir a prova de que a mãe teria efetivamente interrompido a gestação naquela situação, não só pela dificuldade probatória, mas também – e principalmente – porque o que está em discussão nessas ações não seria a impossibilidade de abortar, mas antes a impossibilidade de exercer uma escolha reprodutiva, sendo certo que a sua existência é, em absoluto, independente de qual tivesse sido a decisão.

¹²⁷ Como reconhece RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., p. 99.

¹²⁸ Posição defendida por ANGEL YÁGUEZ, Ricardo de. diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, parte II. *Revista Derecho y Genoma Humano*, n.º 5, 1996, p. 141-156, p. 147. Também nesse sentido, OLIVEIRA, Guilherme de. O direito do diagnóstico pré-natal, op. cit., pp. 216-217, ao analisar essa dificuldade probatória, entende que a prova terá de assentar “na prova de que a maioria das grávidas, nos mesmos casos, pretende a interrupção, na verificação de que a grávida já adotara a mesma atitude numa gravidez anterior”.

¹²⁹ Nesse sentido, cfr. RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., p. 99 e BORGES, Daniella Aloise, Wrongful birth action e o dever de informar, op. cit., p. 161.

5.2.2. O dano na ação intentada pela criança contra o médico

Vamos, para já, esclarecer que o dano que se coloca nas *wrongful life actions* não se confunde com a vida em si, mas numa certa forma de vida, “dado que falamos aqui das particulares e danosas condições dessa vida”¹³⁰, isto é, uma “vida com deficiência”¹³¹. Posta as coisas de outro modo, o que está em causa não é um hipotético e duvidoso “direito à não existência”¹³², muito menos a apreciação da vida como um valor ou desvalor, “mas antes os sofrimentos e as necessidades que foram causados por causa do nascimento”¹³³ e, nesse particular contexto, de se verificar a necessidade de responsabilizar o médico que ilicitamente coartou uma decisão que só pertencia aos pais¹³⁴.

Aliás, de um certo ponto de vista, a expressão “vida indesejada” ou “vida indevida” (da tradução “*wrongful life*”) é particularmente infeliz, sugerindo

¹³⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 107.

¹³¹ SIMÕES, Fernando Dias. Vida indevida? As ações por *wrongful life* e a dignidade. *Revista de Estudos Politécnicos*, vol. 8, n.º 13, 2010, p. 187-203, p. 199, para quem “deve ter-se em conta que neste tipo de ações não é a vida, em si mesma, que consubstancia o dano, mas sim a vida com deficiência”.

¹³² Como colocado por MANSO, Luís Duarte Baptista. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal – o caso das ações de “*wrongful birth*”, op. cit., p. 163, ao entender que “a criança funda-se, em geral, num ‘direito à não existência’, pedindo, dessarte, indemnização por danos patrimoniais dos custos afectos ao seu sustento, e danos não patrimoniais, relativos à circunstância sacrificante que constitui a sua própria vida, sendo preferível não viver”. Contra esse direito, RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 107 explica que este direito que “se pretende atribuir ao nascituro são de impossível existência, pelo simples facto de que aquele que não nasceu não pode ser titular de direito algum”. Reconhecendo, contudo, que o nascituro já é titular de direitos, cfr. BARBOSA, Mafalda Miranda, Em busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro. A perspectiva do Direito Civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 92, tomo 1, Coimbra, 2016, p. 23-71. Ademais dessa discussão, PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, op. cit., p. 240 explica: “Uma pergunta que não sufragamos é a de saber se ‘alguém tem o direito a não nascer?’ Esse não é o problema aqui colocado. A criança que vai a tribunal demandar o médico negligente e pedir uma indemnização pelos danos que sofre não está a pedir para não nascer, nem a pedir que lhe causem a morte. Apenas pede que lhe seja concedida uma indemnização em dinheiro que lhe permita pagar os tratamentos médicos, os cuidados de enfermagem, os medicamentos, equipamento especial, o cuidado doméstico, uma educação especial e outras despesas necessárias a uma vida condigna na sua condição”.

¹³³ PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”), op. cit., p. 765. Em sentido muito similar, cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, op. cit., p. 241 e SILVA, Sara Elisabete Gonçalves da. Vida indevida (*wrongful life*) e direito à não existência. *Lusitana*, n.º 14, 2017, p. 123-153, p. 150.

¹³⁴ ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comunmente designadas *wrongful life actions* ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação, op. cit., p. 17.

muito mais do que aquilo que verdadeiramente está em causa, porque o dano invocado pela criança não assenta, como refere Fernando Araújo, na discussão de “saber se há um limite (e onde está) para lá do qual a vida perde de tal modo o sentido que a sua ocorrência é um dano para quem a experimenta”¹³⁵. O que se discute, efetivamente, é se seu nascimento lhe causou danos susceptíveis de ser indenizados, o que, para a doutrina de Luís Menezes Leitão, a qual se acolhe, “não há dúvida que esses danos ocorreram, quer em virtude dos inúmeros custos que a necessidade de assistência permanente exige, quer em relação aos danos não patrimoniais que a situação de deficiência necessariamente lhe causou”¹³⁶. E nem se diga que “o nascimento com deficiência não é reparável por colidir com o princípio da dignidade da pessoa humana”¹³⁷, porque, como bem afirma Paulo Mota Pinto, “ao atribuir uma indemnização à própria criança que nasceu deficiente em consequência de um erro ilícito se está, pelo contrário, justamente a promover a dignidade humana da criança”¹³⁸. Quer dizer, é precisamente o respeito pela dignidade humana que se reconhece uma indemnização que assegure, na medida do possível, uma vida com um mínimo de condições.

Na verdade, não deixa de ser curioso observar uma certa contradição entre a solução que advoga por reparar os danos dos pais (*wrongful birth*), mas rejeitar os danos do filho (*wrongful life*). Isto é, “porque é que isso haverá de repugnar, se for o filho a pedir a indemnização, e já não repugna se forem os pais a pedir essa indemnização?!”¹³⁹. Correndo o risco deliberado de abalar algumas consciências, a verdade é que são situações que “resultam do mesmo comportamento culposos, sendo certo que a indemnização aos pais poderia suscitar

¹³⁵ Como afasta ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 96, apesar de não tomar uma posição expressa sobre essas ações.

¹³⁶ LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., p. 605.

¹³⁷ Como se viu no ac. do TRP n.º 9434/06.6TBMTS.P1, de 01 de março de 2012. A esse propósito, “trata-se, de facto, em saber não só se a não-vida é um ponto de comparação aceitável para a outorga de uma compensação, e, se ao aceitar que é, isso não representa um atropelo àquele princípio, mas igualmente se o juiz, ao apreciar favoravelmente a pretensão da criança, não estará a desqualificar ou valorar desfavoravelmente a vida das crianças portadoras de deficiências ou a validar, ainda que implicitamente, o eugenismo” (VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as acções de *wrongful life*: a jurisprudência perruche, op. cit., p. 134).

¹³⁸ PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”), op. cit., p. 763. Também nesse sentido, cfr. SIMÕES, Fernando Dias. Vida indevida? As acções por *wrongful life* e a dignidade, op. cit., p. 187 e ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comunmente designadas *wrongful life actions* ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação, op. cit., pp. 17-18.

¹³⁹ MONTEIRO, António Pinto. Anotação ao acórdão do STJ de 19 de junho de 2001 (direito a não nascer?). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, n.º 3.933, 2001, p. 377-384, p. 383.

uma objecção semelhante, pois a alternativa à vida do filho deficiente seria uma não-vida”¹⁴⁰.

De todo modo, no que respeito aos danos não patrimoniais, as considerações de André Dias Pereira parecem resumir bem aquilo que consideramos: (i) “relativamente às dores, ao sofrimento de viver acamado ou com permanente auxílio médico ou assistencial e o dano corporal em sentido estrito pode a criança reclamar uma compensação por danos não patrimoniais”; (ii) já “no que respeita a um ‘dano moral’ de ter uma existência como deficiente ou de não ter as qualidades de uma criança ‘normal’ entendemos que se deve rejeitar esse pedido”¹⁴¹.

Ainda assim, há quem possa considerar que essas ações esbarrariam no “problema de não-identidade”, pelo que a admissibilidade do pedido indenizatório formulado pela criança que nasce com graves deficiências, no seguimento de um erro médico em DPN, “implicaria a destruição dos pressupostos nos quais assenta o pedido de indemnização, uma vez que aquela criança não nasceria sem a deficiência”, como nos explica Paula Natércia Rocha¹⁴². Quer dizer, o erro médico foi condição da sua existência, sem o qual não teria de todo chegado a existir. Contudo, não parece lógico deduzir que nos processos de *wrongful life* a criança busque, por exemplo, terminar sua própria vida. Fará sentido falar, como refere Marta de Sousa Nunes Vicente, que “a criança não pretende abdicar da sua vida, muito pelo contrário, ela pode intentar uma acção precisamente porque está viva e é sujeito de direito”¹⁴³.

Depois, argumentasse que essas ações apresentam uma grave falha do “teste contra-factual”, utilizado na determinação do *quantum* dos danos indenizáveis¹⁴⁴. Esse contra-argumento consiste na ideia de que o erro médico não colocou a criança numa situação pior do que aquela em que estaria se ele não

¹⁴⁰ PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), op. cit., p. 754.

¹⁴¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, op. cit., p. 247.

¹⁴² ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comunmente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação, op. cit., p. 15.

¹⁴³ VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência perruche, op. cit., p. 136. Adirindo à essa conclusão, cfr. ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comunmente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação, op. cit., p. 16 e FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. “Believe me, we have enough imperfection built-in already”: breves reflexões sobre as denominadas acções de «wrongful genetic makeup», op. cit., p. 45.

¹⁴⁴ FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. “Believe me, we have enough imperfection built-in already”: breves reflexões sobre as denominadas acções de «wrongful genetic makeup», op. cit., p. 44.

tivesse agido como agiu¹⁴⁵, “não podendo apurar-se, pois, aquela «diferença negativa» em que consiste o dano”¹⁴⁶. É que, se ocorrido um dano, a indenização terá por escopo, de acordo com a teoria da diferença, colocar o sujeito na situação em que estaria se não fosse o evento danoso. Seguindo esse raciocínio, Manuel Carneiro da Frada diz-nos que “o sujeito teria de comparar a sua situação actual (de viver) com a situação hipotética de não viver”¹⁴⁷, o que parece conduzir-nos a uma comparação duvidosa e praticamente impossível (entre uma vida e uma não-vida).

No sentido de rebater essa aparente dificuldade, aderimos a crítica proposta por Paulo Mota Pinto, quando refere que a negação de uma indenização a criança com fundamento na inadmissibilidade de uma “bitola ‘contra-factual’”, quase que envolve uma renovada afirmação de ofensa que lhe foi feita: “não só a criança nasceu com uma grave deficiência, como, na medida em que não teria podido existir de outro modo, é-lhe vedado sequer comparar-se à uma pessoa ‘normal’, para o efeito de obter uma reparação pelo erro médico [...]”¹⁴⁸. Ora, parece-nos óbvio que exista um padrão contra-factual: “o da pessoa sem malformações e regularmente funcional”¹⁴⁹. Quer dizer, traduzindo-se o dano nas condições prejudiciais daquela vida, adota-se como padrão contra-factual de comparação as condições de uma vida tida como “normal”. É a ele que devemos recorrer, e assim evitamos espinhosas comparações entre a existência e a não-existência.

Aliás, partindo dessa adequada compreensão, o valor da indenização deverá ter em conta, como explica Vera Lúcia Raposo, “a situação atual da criança com aquela que existiria se porventura tivesse nascido sem a dita condição”¹⁵⁰. De

¹⁴⁵ Como explica ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comunmente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação, op. cit., p. 15.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, op. cit., p. 97.

¹⁴⁷ FRADA, Manuel A. Carneiro da. A própria vida como um dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite, op. cit., p. 161.

¹⁴⁸ PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), op. cit., p. 758. Também aderindo essa posição, cfr. ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comunmente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação, op. cit., p. 16 e FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. “Believe me, we have enough imperfection built-in already”: breves reflexões sobre as denominadas ações de «wrongful genetic makeup», op. cit., pp. 44-45.

¹⁴⁹ PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), op. cit., p. 758.

¹⁵⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., p. 109. Também em sentido similar, cfr. RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica, op. cit., p. 82. Essa adequada compreensão permite-nos afastar comparações mal identifica-

fato, como bem observa Luís Menezes Leitão, “em todas as acções de responsabilidade civil se efectua uma comparação desse tipo. Numa acção de responsabilidade civil por dano-morte compara-se a morte da vítima com a vida que ela poderia ter tido. Numa acção de responsabilidade civil por lesões corporais, compara-se a situação da vítima com lesões à de uma pessoa normal que não as tivesse. Por que razão uma criança nascida com deficiência em virtude de erro médico há-de estar impedida de realizar o mesmo tipo de comparação?”¹⁵¹.

Além disso, há quem considere existir ainda outra dificuldade assaz controversa. Se notarmos, dificilmente essas ações serão propostas pela própria criança, não só pela menoridade, mas também – e principalmente – pela gravidade de sua deficiência, que a impossibilitará de atuar autonomamente nesses casos. Por isso que, via de regra, as ações de *wrongful life* são intentadas com representação legal dos progenitores. Seguindo esse raciocínio, eis o problema: o juízo acerca da danosidade daquela condição poderá ser feito por outra pessoa que não a própria criança? Quer dizer, sabe-se que nosso ordenamento jurídico reconhece aos pais o poder de representação, nos termos do artigo 1.881.º, n.º 1 do CC, mas não se esqueça que esse mesmo dispositivo exclui os “actos puramente pessoais”, que impedem a representação. Vistas as coisas desse modo, saber se a vida naquelas condições é ou não um dano, não seria um ato intimamente pessoal, de apreciação puramente subjetiva (e, portanto, uma exceção ao poder de representação dos pais)? Em resposta, António Pinto Monteiro afirma que “existem existências tão duras que, face a elas, a não-existência será uma benesse, mas este é um juízo eminentemente pessoal, que carece de ser feito pelo próprio”¹⁵². Nessa toada, o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 19 de junho de 2001, adotou essa mesma linha argumentativa, ao considerar que a hipotética admissibilidade do direito da criança, não poderia ser exercido pelos pais em nome do filho menor, mas tão somente por ele próprio, quando atingisse a maioridade (dado o caráter eminentemente pessoal dessa reivindicação, que não admitiria representação)¹⁵³.

De fato, saber se a vida naquelas condições é um peso ou não, a ponto de ser preferível a “não-existência”, seria um exercício puramente subjetivo e

das, como se viu no citados *Gleitman v. Cosgrove*, 1967, 227 a. 2d 689, NJSC e *McKay v Essex Area Health Authority* (1982), QB 1166, em que se rejeitou a pretensão indenizatória proposta pelo filho por se considerar, dentre outros motivos, a dificuldade de se calcular os danos sofridos, dado a impossibilidade de se comparar uma vida com deficiências e uma hipotética não-existência.

¹⁵¹ LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., p. 605.

¹⁵² MONTEIRO, António Pinto. Anotação ao acórdão do STJ de 19 de junho de 2001 (direito a não nascer?), op. cit., p. 382.

¹⁵³ Ac. do STJ n.º 01A1008, de 19 de junho de 2001.

próprio de cada um. Em princípio, seria de se estranhar que aos pais seja dada a possibilidade de intentar uma pretensão indenizatória em nome do filho, invocando um dano que esse pode nem sequer considerar. E não se argumente que poderíamos partir de uma vontade presumida, porque dependendo de nossa resposta correríamos o sério risco de avaliar negativamente a vida de alguém apenas por ser deficiente. Efetivamente, a infelicidade é uma noção eminentemente pessoal, que pode marcar até mesmo as pessoas de boa saúde¹⁵⁴.

Porém, salvo melhor juízo, não nos parece que o que está em causa é a questão de avaliar se a vida é ou não um dano, que a “não-existência será uma benesse”. Concretamente, recorde-se que o dano não se confunde com a vida em si, mas nas condições especialmente prejudiciais daquela vida, adotando-se – o que já dissemos anteriormente – como padrão contra-factual de comparação “o da pessoa sem malformações e regularmente funcional”¹⁵⁵. A questão, portanto, não é se consideraríamos a vida um valor ou desvalor, mas sim de avaliarmos objetivamente uma vida mais limitada face às demais. E nesse aspecto, subscrevemos as palavras de Vera Lúcia Raposo: “Cremos que ninguém ousará contestar o carácter lesivo da deficiência, pois que se ela ocorresse em fase mais avançada da vida seria unânime a sua consideração como um dano e a concomitante responsabilização do agente”¹⁵⁶. Isto posto, o recurso a avaliação objetiva justificasse na medida em que é a própria incapacidade de consciência e avaliação “que configura o dano, ou melhor, que agrava o dano e que justifica que venha ser reivindicado por outrem”¹⁵⁷. A *contrario sensu*, não deixar atuar o poder de representação dos pais reduziria estas pessoas a um “silêncio eterno”¹⁵⁸, o que, como arremata Luís Menezes Leitão, facilitaria a prescrição (artigo 320.º do CC), aumentaria as dificuldades probatórias e condenaria a criança a ficar sem a indenização que precisamente seria necessária para compensar as dificuldades de desenvolvimento de sua deficiência¹⁵⁹.

Vencidas todas essas considerações, no que respeita aos danos patrimoniais, falaremos, mais uma vez, nos chamados “custos da deficiência”, materializados

¹⁵⁴ Trabalhando essas questões, cfr. RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica, op. cit., pp. 89-90.

¹⁵⁵ PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), op. cit., p. 758.

¹⁵⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica, op. cit., p. 90.

¹⁵⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., p. 114.

¹⁵⁸ VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência perruche, op. cit., p. 139.

¹⁵⁹ LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., p. 609.

nas despesas extraordinárias relacionadas ao sustento de uma criança portadora de necessidades especiais (nos termos já referidos quando tratamos das ações de *wrongful birth*)¹⁶⁰. É claro, porém, que o comum cenário em que essas ações são interpostas conjuntamente, não se pode admitir a concessão dessa indenização, pelo menos de forma integral, aos pais (*wrongful birth*) e também à criança (*wrongful life*). Há que se ter em consideração uma solução equilibrada, como refere Vera Lúcia Raposo, que “consiste em conceder aos pais um valor que tenha em conta o sustento do filho até à maioridade (acautelando a possibilidade de aqueles virem a falecer antes desse momento), e ao filho um valor autónomo que cubra as suas necessidades até àquilo que se entenda ser a média de vida de uma pessoa nas suas condições de saúde”¹⁶¹.

Contra isto não vale argumentar que a existência daquela criança só é possível naquelas condições, e que, por isso, será sempre dependente da assistência de seus progenitores, a qual levaria a concessão da indenização apenas a esses. Como expressivamente observa Paulo Mota Pinto, é “inaceitável a consequência, a que leva a rejeição de uma indemnização à própria criança, de acrescentar à dependência natural e geral desta uma dependência, para obter indiretamente uma reparação, no plano jurídico, do exercício pelos pais do direito a uma indemnização e do cumprimento do seu dever de alimentos, bem como logo da própria existência destes”¹⁶². É certo que, em bom rigor, cabe aos pais, no

¹⁶⁰ Reconhecendo a necessidade de assistência da criança, mas negando a existência de um dano, FRADA, Manuel A. Carneiro da. A própria vida como um dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite, op. cit., p. 165 considera que “criança deficiente tem certamente necessidade de assistência, mas não experimentou propriamente um dano (em sentido jurídico-normativo). Por isso, deve ser ajudada, não através do direito da responsabilidade civil, mas através dos meios assistenciais, de carácter solidário-distributivo, da segurança social estatal”. Também remetendo à questão da segurança social, cfr. MANSO, Luís Duarte Baptista. Da obrigação de informar em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação – as acções de “*wrongful birth*” e “*wrongful life*” e o instituto da responsabilidade civil. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; e BARBOSA, Carla (coords.). *Direito da saúde. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. vol 4, Genética e procriação médica assistida. Coimbra: Almedina, 2016, p. 129-142, p. 141. Contra-argumentando que esse dano deva ser suportado pela segurança social, LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., p. 608 diz-nos que essa ideia ofende o princípio da responsabilidade subjetiva. Para o autor “é inaceitável ocorrer um ilícito que causou danos a outrem, que não tem qualquer consequência indemnizatória para o principal lesado. A assistência pela segurança social aos deficientes existe sempre, tenha ou não ocorrido uma hipótese de responsabilidade civil. Em consequência, negar a responsabilidade civil nessa situação implica estabelecer uma situação de impunidade legal, em que é toda a sociedade a pagar os danos resultantes da negligência médica”.

¹⁶¹ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., pp. 106-107.

¹⁶² PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”), op. cit., p. 753.

âmbito de suas responsabilidades parentais, o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos (artigo 36.º, n.º 5 da CRP), de forma a acompanhá-los até sua independência ou até atingirem a maioridade. Tratando-se de uma pessoa nascida com uma severa deficiência, poder-se-ia dizer, em regra, que sua condição demandaria um cuidado e sustento durante boa parte de sua vida (e, eventualmente, até sua morte). Mas ainda assim, esta solução não parece ser a melhor, até porque, como bem afirma António Pinto Monteiro, “os pais podem descurar o acompanhamento da criança, por negligência, por qualquer vicissitude conjugal ou até por falecerem”¹⁶³.

Nessa medida, pensamos que aquela solução, a qual aderimos, acautelaria a situação do filho. De fato, não é líquido que os pais se ocupem dos cuidados necessários à condição da criança e, efetivamente, utilizem esse recurso financeiro em benefício do filho. Por outro lado, ainda que o façam, não é seguro afirmar que estariam presentes por toda sua vida, ou que a herança que lhe caiba seja suficiente para o custeio de suas necessidades.

5.3. *O nexo de causalidade entre a conduta médica e o resultado danoso*

Aqui chegados, mostra-se necessário averiguar o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e culposa do médico e o resultado danoso, que é aferido, entre nós, em função da teoria da causalidade adequada (artigo 563.º do CC), segundo a qual o “nexo causal de determinado dano estabelece-se, naturalmente, sempre em relação a um evento que, a não ter ocorrido, levaria à inexistência de dano”¹⁶⁴. Nos termos dessa teoria, “não basta que o facto tenha sido em concreto causa do dano, em termos de *conditio sine qua non*. É necessário que, em abstracto, seja também adequado a produzi-lo, segundo o curso normal das coisas”¹⁶⁵. Isto é, deve-se averiguar, primeiro, se a conduta praticada pelo médico foi *conditio sine qua non* na produção do dano, e, posteriormente, se a conduta médica foi a causa efetiva do dano, segundo o quadro normativo regulador.

Mas diferentemente do que ocorre nos casos em que o embrião ou feto era inicialmente saudável e após uma intervenção médica (*v.g.*, lesão sofrida durante uma amniocentese) deixou de ser, ou que o estado de saúde do embrião ou

¹⁶³ MONTEIRO, António Pinto, Anotação ao Acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001, *op. cit.*, p. 383, seguido de perto por PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), *op. cit.*, p. 753.

¹⁶⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Código Civil Comentado*. vol. 2. Coimbra: Almedina, 2021, p. 568.

¹⁶⁵ LEITÃO, Luís Menezes. *Direito das obrigações*, *op. cit.*, p. 347.

feto era tratável, mas o médico impediu seu tratamento¹⁶⁶, nas ações de *wrongful birth* e *wrongful life* o pressuposto do nexo de causalidade não é tão facilmente demonstrado. É que nos dois primeiros exemplos parece fácil concluir que a conduta médica deu causa ao dano, enquanto nos casos que agora nos ocupamos não é possível considerar que o erro médico é causa adequada para as doenças ou malformações da criança, dado que, em bom rigor, essas condições são causadas por defeitos congênitos ou doenças hereditárias, para a qual o médico em nada contribuiu.

Em termos jurisprudenciais, considere-se o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, em que se deliberou inexistir nexo de causalidade entre o sofrimento dos pais e a atuação dos réus, já que o dano decorrente do desconhecimento atempado das graves deformações do filho não foi causado pela ausência de informação tempestiva quanto ao seu estado de saúde, mas sim pela existência concreta das referidas malformações, causadas pela síndrome de bandas amnióticas que se formaram na gestação¹⁶⁷. Nesse desenvolvimento, mesmo que os réus tivessem agido lícitamente, sempre se verificaria as mesmas malformações. Já no caso “*Quarez*”, de 14 de fevereiro de 1997, a falha médica na realização de uma amniocentese não impediu o *Conseil d’État* de conceder aos pais uma indenização por danos patrimoniais e não patrimoniais, mas negou-a à criança, por inexistir nexo de causalidade entre a conduta médica e sua doença (isto porque a trissomia existia antes e independentemente da amniocentese)¹⁶⁸. Também na doutrina, Manuel Carneiro da Frada é voz marcante nesse seguimento: “De fato, não se percebe porque é que o médico haveria de ser responsabilizado perante a criança quando não foi ele próprio que causou ‘fisicamente’ a vida deficiente, tendo-se apenas verificado que não informou os pais da deficiência que onerava essa vida. Nos nossos casos, a vida deficiente, reitera-se, não radica num qualquer comportamento do médico, mas antes num fato natural (doença, contaminação genética), a que o médico é alheio”¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Como referido na nota 02, esses casos tratam de “hipóteses de responsabilidade civil médica (e até mesmo criminal), mas que fogem ao contexto das *wrong actions*. A primeira porque será o próprio médico o causador do dano. A segunda porque na *wrongful birth* e na *wrongful life* o tratamento da criança nunca foi uma opção: ou nascia com deficiência, ou não nascia”. Por isso e como dito, não farão parte de nossa análise.

¹⁶⁷ Ac. do TRG n.º 1212/08.4TBBCL.G1, de 19 de junho de 2012.

¹⁶⁸ Citado por RAPOSO, Vera Lúcia. As *wrong actions* no início da vida (*wrongful conception*, *wrongful birth* e *wrongful life*) e a responsabilidade médica, op. cit., p. 85.

¹⁶⁹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. A própria vida como um dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite, op. cit., p. 159. Após aquela afirmação, o autor continua: “A responsabilidade do médico que violou o seu dever de informação quanto a essa deficiência não pode por princípio ser equiparada à responsabilidade do “real” causador da vida deficiente. A responsabilidade deve atingir

5.3.1. O nexo causal na ação intentada pelos progenitores

Nas ações de *wrongful birth*, registre-se, adequadamente, que não se trata de se estabelecer um nexo causal entre a conduta ilícita e culposa do médico e o estado de saúde da criança. De fato, o médico não é responsável pela deficiência, mas antes pelo nascimento com deficiência, já que devido a sua falha, na prestação dos deveres de cuidado e de informação, em diagnóstico pré-natal, privou a mãe (em DPN) ou o casal (em DGPI) de tomar uma decisão livre e esclarecida no exercício de sua liberdade reprodutiva¹⁷⁰. Veja-se, por exemplo, o entendimento do STJ, no seguimento daquela decisão proferida pelo TRG: “O nexo de causalidade entre a ausência de comunicação do resultado de um exame, o que configura erro de diagnóstico, e a deficiência verificada na criança, que poderia ter culminado com a faculdade de os pais interromperem a gravidez e obstar ao nascimento, constitui, *in casu*», o pressuposto determinante da responsabilidade civil médica em apreço”¹⁷¹.

Em reforço, reproduzimos os ensinamentos de Luís Menezes Leitão, que demonstra com muita clareza a construção do nexo de causalidade: “quem argumenta com o facto de que o médico não é responsável pelos danos, uma vez que não foi ele que causou a deficiência da criança, esquece que a discussão não reside em saber se a deficiência poderia ter sido evitada, mas antes se o nascimento nessas condições poderia ter sido evitado. A *conditio sine qua non* é evidente se se pensar que a função do dever de informação dos médicos é precisamente o de permitir aos doentes tomar as decisões mais adequadas ao seu estado de saúde, entre as quais pode naturalmente incluir-se a de interrupção da gravidez. Dando o médico um diagnóstico falso, que leve o doente a tomar decisões prejudiciais para a sua saúde, ninguém excluiria a *conditio sine qua non* entre o conselho médico e os danos causados para o doente. Uma decisão de

aquele a quem se tem de atribuir a causa essencial do surgimento do (alegado) prejuízo. Quem apenas não afastou um perigo que ele próprio não ocasionou não lhe pode ser equiparado. A responsabilidade do médico não pode substituir, nem teórica nem praticamente, a responsabilidade dos pais, nem nivelar-se-lhe. Não pode transferir-se para o médico aquilo que corresponde à liberdade reprodutiva dos pais e aos seus riscos próprios. É ilegítimo, por isso, converter o médico em bode expiatório de uma situação que não ocasionou. Seria, de resto, chocante se, do mesmo passo, se quisesse, nestes casos, abrigar os pais da responsabilidade perante o filho gerado com deficiência. Caso o médico respondesse, os pais teriam, por argumento de maioria de razão, de responder também” (p. 159).

¹⁷⁰ MANSO, Luís Duarte Baptista. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal – o caso das acções de “*wrongful birth*”, op. cit., p. 177.

¹⁷¹ Ac. do STJ n.º 1212/08.4TBCL.G2.S1, de 12 de março de 2015.

não interromper a gravidez, causada por má informação médica, não é naturalmente diferente dos outros casos de danos causados por erro de diagnóstico”¹⁷².

É absolutamente evidente, portanto, que existe nexo de causalidade suficiente, ou como refere Guilherme de Oliveira, uma “causalidade indirecta ou mediata”, isto porque “admite-se que possa haver relação de causalidade entre o facto e o dano mesmo que intervenham, por permeio, outros factores – sejam factores naturais sejam factos praticados pelo lesado”, desde que estes se possam considerar induzidos pelo fato inicial, segundo um juízo de probabilidade¹⁷³.

Para além disto, há quem entenda que o nexo de causalidade só se estabeleça entre a conduta ilícita e culposa do médico e a anulação da decisão reprodutiva da mãe (em DPN) ou de ambos os progenitores (em DGPI), pelo que, outros possíveis danos que os pais possam sofrer como resultado dos mesmos fatos enfrentarão a dificuldade de estabelecer um vínculo causal com a conduta do profissional de saúde, especialmente quando tais danos parecem estar associados a eventos após o nascimento da criança (*v.g.*, os danos não patrimoniais sofridos pelos pais devido à contemplação do estado de saúde do filho ou as despesas adicionais que tal condição doentia acarreta para eles). Andrea Macía Morillo, a quem essa posição é atribuída, explica que “*esto se debe a que, aunque pueda llegar a establecerse un enlace causal fáctico desglosando el curso causal, igualmente, en dos momentos temporalmente distintos (hasta el ‘falso negativo’ en el diagnóstico y de éste, al daño), existen serias dudas respecto de su imputación objetiva al profesional sanitario, cuando se trata de daños que se producen tras el nacimiento del niño enfermo; es decir, que falla en estos casos la relación de causalidad desde su perspectiva jurídica*”¹⁷⁴.

¹⁷² LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., p. 607.

¹⁷³ OLIVEIRA, Guilherme de. O direito do diagnóstico pré-natal, op. cit., p. 216. Em abono a essa conclusão, relevantes são as considerações de PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, op. cit., pp. 228-229: “Neste sentido, e salvo melhor opinião, não procede o argumento de que o médico não pode ser responsabilizado por uma pré-condição do feto. É com vista a obter informação sobre a condição de saúde, incluindo genética, do feto que a ciência tem investido (enormes) recursos na medicina pré-natal! Pelo que, parafraseando Fernando Araújo, certas evoluções da medicina obrigam-nos a assumir consequências no plano do pensamento jurídico. Não mais podemos relegar ao fado situações que são controláveis pela medicina pré-natal. Por isso a sociedade investe um esforço considerável nessa especialidade médica; e a mesma sociedade – a “consciência jurídica geral” – reclama que ela seja eficaz. Trata-se, portanto, de uma omissão do dever de cuidado (logo ilícita) e em que se pode assacar um juízo de culpa ao agente médico. Poderemos agora discutir se os danos patrimoniais e não patrimoniais merecem ou não a tutela do Direito. Mas considerar irrelevante para o Direito a omissão do comportamento devido por um médico especialista, não está conforme às exigências de juridicidade de uma sociedade que promove o avanço científico, o desenvolvimento tecnológico e que glorifica a ‘medicina de ponta’”.

¹⁷⁴ MACÍA MORILLO, Andrea. La responsabilidad civil médica: las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life, op. cit., pp. 22-23.

Contudo, não nos parece que essa posição se sustente, dado que os danos sequenciais ao nascimento (*v.g.*, os danos não patrimoniais relativos ao choque sofrido com o nascimento de um filho em condições que não eram esperadas, e para o qual não tiveram a possibilidade de se prepararem, bem como os transtornos e sofrimentos psíquicos de se criar um filho naquelas condições, além da preocupação e incerteza quanto ao seu futuro, especialmente quando já não puderem cuidar dele; e os danos patrimoniais que se materializam nas despesas extraordinárias relacionadas ao sustento de uma criança portadora de necessidades especiais, como também os lucros cessantes derivados da perda do rendimento familiar, oriundos da eventual necessidade de se abandonar a atividade profissional, dado a impossibilidade de se compatibilizar o trabalho e a dedicação exclusiva exigida pela condição do filho) são, em boa verdade, consequências deste, logo, se conectam a mesma causa, pelo que sem a conduta ilícita e culposa do médico não teriam se produzido, o que só nos permite concluir que são danos (ainda que consequenciais) objetivamente imputáveis ao profissional de saúde¹⁷⁵.

Aliás, dentro do particular cenário em que apenas a violação à autodeterminação reprodutiva da mulher estará em causa – isto é, quando não se tratar de erro médico em DGPI, o que colocaria em causa uma lesão a autodeterminação reprodutiva de ambos os progenitores (e não apenas a mãe), nos termos dos artigos 14.º, n.ºs 1 e 4 e 25.º, n.º 4 da LPMA¹⁷⁶ –, poder-se-ia questionar a posição do pai quanto aos danos consequenciais, única reivindicação que lhe seria possível. É que, em bom rigor, os deveres médicos são estabelecidos face à gestante e no seu interesse (por ser a paciente), não face ao pai, o que parece perturbar o estabelecimento do nexo de causalidade em relação ao dano que este alega.

Porém, uma possível construção que poderá sustentar a legitimidade ativa do pai nesse particular cenário será edificar os deveres do médico, *ab initio* estabelecidos face à gestante, como deveres também impostos face ao pai, com recurso à figura do contrato com eficácia de proteção para terceiros, como considera Paulo Mota Pinto: “apesar de o nascituro não ser parte no contrato com o médico (ou o outro profissional responsável), é claro que a mãe o inclui (tal como o pai) no âmbito de proteção do contrato de tratamento, não sendo de excluir que se possa mesmo fazer aqui apelo à figura do ‘contrato com eficácia

¹⁷⁵ Nesse sentido, cfr. RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life e wrongful birth*), op. cit., p. 90 e BORGES, Daniella Aloise. *Wrongful birth action e o dever de informar*, op. cit., pp. 162-163.

¹⁷⁶ Pelos motivos expostos no capítulo “5.2.1. O dano na ação intentada pelos progenitores”.

de proteção para terceiros”¹⁷⁷. Tal noção, que acolhemos, parece-nos, contudo, suscetível de criar confusões, já que poderia conduzir a entendimentos de que ao pai seria lícito erigir uma pretensão indenizatória independente, isto é, não acompanhado da mãe no polo ativo. Por exemplo: caso os pais divergissem quanto à decisão a tomar, designadamente quando a mãe quer prosseguir com a gravidez, mas o pai não, teria o último legitimidade ativa para pleitear sozinho esses chamados danos consequências? Ora, ainda que devidamente informado do estado de saúde do nascituro, a decisão de interromper a gravidez nunca caberia a ele, pelo que a ausência concomitante de um pedido indenizatório formulado pela mãe por violação da sua autodeterminação reprodutiva, cairia por terra a invocação dos danos daí derivados (com exceção do dano com o choque de ser surpreendido com o nascimento de um filho naquelas condições, que se isoladamente considerado fugiria ao âmbito das ações de *wrongful birth*)¹⁷⁸.

Impõe-se aproveitar, também aqui, uma curiosa possibilidade ventilada por uma decisão anteriormente citada do Tribunal Supremo espanhol, que concedeu uma indenização por danos não patrimoniais no valor de € 30.000,00, a irmã de uma criança nascida com deficiência, tendo como base a tristeza e o sofrimento de se ter um irmão naquelas condições¹⁷⁹. Questiona-se, a esse propósito, se os demais familiares, como irmãos, avós, tios e primos, poderiam, de fato, sustentar essa pretensão indenizatória, malgrado revisto de natureza reflexa. Ora, mesmo que se reconheça a dor e sofrimento de se ter um irmão que padeça de grave doença ou malformação, o que, de certo modo, irá alterar toda a rotina familiar, por quase sempre depender de assistência e cuidados (dos pais, dos irmãos etc.), não nos parece claro que a mãe (em DPN) ou ambos os progenitores (em DGPI) tenham incluído os demais familiares no âmbito de proteção do contrato de tratamento, até porque, se aceitássemos essa possibilidade demasiadamente duvidosa, conduzir-nos-ia a um leque quase que incontrolável de pessoas aptas a reivindicar uma indenização (irmãos, avós, tios, primos etc.). Por nós, tendemos a restringir a ação de *wrongful birth* somente aos

¹⁷⁷ PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“*wrongful birth*” e “*wrongful life*”), op. cit., p. 756.

¹⁷⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 111.

¹⁷⁹ Decisão de 18 de maio de 2006, citada por RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), op. cit., p. 113.

danos sofridos pelos progenitores, não pelo demais familiares ou até mesmo por pessoas próximas¹⁸⁰.

Além disso, há ainda aqueles que aceitam a existência do nexo causal, mas admitem que a causalidade possa ser destruída “se se puder provar que a grávida não teria nunca pretendido a IVG, mesmo que o DPN tivesse sido bem feito e lhe tivesse sido mostrada a grave deficiência do feto”, como é o raciocínio defendido por Guilherme de Oliveira¹⁸¹, que parece nos remeter aos domínios do comportamento lícito alternativo (“*pflichtgemäßes alternativverhalten*”), pelo que estaria, assim, afastada a responsabilidade médica.

Para Vera Lúcia Raposo, essa argumentação só teria lugar no direito criminal, já que no direito civil não existe a figura do comportamento lícito alternativo, mas sim a causalidade virtual, que de um certo modo se assemelha nos pressupostos e resultados práticos, mas se distancia nas consequências. E, embora considere dessa forma, entende que “no direito civil a causa virtual somente permite afastar a culpa do agente (não a causalidade), e tão-só nos restritos casos expressamente previstos na lei” (e esses casos dizem respeito às presunções de culpa previstas nos artigos 491.º, 492.º e 493.º, n.º 1 do CC)¹⁸².

Porém, salvo melhor juízo, não nos parece que essa seja a conclusão mais acertada. É que, conforme explica Luís Baptista Manso, a figura do comportamento lícito alternativo tem sido admitida em diferentes ordenamentos jurídicos, enquanto mecanismo de exclusão da responsabilidade civil médica. Entretanto, ressalva que o referido instituto conhece limites, não se aplicando em casos de violações graves do dever médico, como, negligência grosseria ou dolo, omissão de formalidades consideradas essenciais, ausência de consentimento e a omissão de informações relevantes ao doente. Restariam, assim, os casos de violações leves, concretamente consideradas as omissões de formalidades ou informações não essenciais, hipóteses em que o recurso a figura do comportamento lícito alternativo seria admitido. Acrescenta ainda que “tais condições devem obedecer aos critério subjectivo do paciente concreto, ou seja, tendo por base a sua respectiva personalidade, realidade e *modus vivendi* específicos, atento, igualmente, o princípio de que, ao abrigo do artigo 342.º, n.º 2, do Código Civil, impende sobre o médico o ónus da prova do com-

¹⁸⁰ Também afastando a legitimidade ativa dos familiares, cfr. RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., pp. 112-113.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Guilherme de. O direito do diagnóstico pré-natal, op. cit., p. 217.

¹⁸² RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., p. 91.

portamento alternativo lícito enquanto facto extintivo ou impeditivo da sua responsabilidade”¹⁸³.

Vistas as coisas desse modo, parece-nos evidente que a teoria do comportamento lícito alternativo, ainda que aceita no direito civil, não se aplicaria às típicas alegações em sede de *wrongful birth*, já que a falha em DPN é inegavelmente uma violação grave, omitindo-se, por exemplo, informações relevantes aos progenitores (*v.g.*, não comunica ou comunica defeituosamente os riscos morfológicos ou genéticos do feto), razão pela qual o recurso a este instituto não eximiria a responsabilidade médica.

Na verdade, há que dizer, mais uma vez, que essa discussão sobre a dependência de prova, de que a mãe teria efetivamente interrompido a gestação naquela situação, só deveria ter lugar quanto à determinação do *quantum* indenizatório a ser atribuído, o que, ainda assim, seria de difícilíssima constatação¹⁸⁴. Mas, e sobretudo, deve-se ter em conta que o que está em causa aqui não é propriamente saber qual teria sido a decisão, mas sim a impossibilidade de exercer uma escolha reprodutiva, sendo certo que a sua existência é, em absoluto, indesmentível. Isto é, ainda que persista uma irremediável dúvida sobre qual teria sido a decisão, “não estamos perante a privação da faculdade/direito de abortar, mas sim da possibilidade de aceder à informação, materializada num eventual diagnóstico correto, no qual tal faculdade/direito se fundaria”¹⁸⁵.

5.3.2. O nexo causal na ação intentada pela criança contra o médico

Mais uma vez, deve-se ter em conta que o que está em causa não é se o médico foi o causador efetivo e direto da deficiência, como se poderia argumentar. Do que se trata é antes de considerar que “o dano sofrido pela criança – o qual consiste na doença ou malformação com que nasceu, e não no nascimento em si mesmo, e muito menos na sua vida (como já reiteradamente deixámos sublinhado) – não teria ocorrido caso o médico tivesse atuado de forma diligente”¹⁸⁶. Reconhecemos, portanto, como também se fez quanto às ações de *wrongful birth*, a existência de uma causalidade adequada, ainda que indireta

¹⁸³ MANSO, Luís Duarte Baptista. Responsabilidade civil em diagnóstico pré-natal – o caso das ações de “*wrongful birth*”, *op. cit.*, p. 178.

¹⁸⁴ Como referido no capítulo “5.2.1. O dano na ação intentada pelos progenitores”.

¹⁸⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), *op. cit.*, p. 93.

¹⁸⁶ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (*wrongful life* e *wrongful birth*), *op. cit.*, p. 93.

ou mediata, porque embora a conduta ilícita e culposa do médico não tenha diretamente causado a doença ou malformação, parece-nos absolutamente evidente que se a atividade médica tivesse sido desenvolvida em consonância com as *legis artis*, precisamente em atenção aos deveres de cuidado e de informação, ter-se-ia possibilitado o exercício de uma escolha reprodutiva livre e esclarecida¹⁸⁷. Por isso, não se pode deixar de responsabilizar a conduta ilícita e culposa do médico, afastando-se, lateralmente, o recurso à segurança social¹⁸⁸, muito embora não se negue a relevância desse expediente.

Há quem possa sustentar, contudo, que o estabelecimento da causalidade seria perturbado pelo fato de que os deveres médicos que valem face à mãe (em DPN) ou aos pais (em DGPI), não se colocam face ao filho. Porém, se bem vistas as coisas, dando-se, em decorrência de um erro médico, o nascimento de uma criança portadora de severas deficiências, o primeiro e mais direto lesado não são os pais, mas antes a própria pessoa nascida naquelas condições (e que terá despesas acrescidas para ser sustentada e ajudada, em grande parte das vezes, por toda sua vida)¹⁸⁹, pelo que, naturalmente, a responsabilidade profissional deve estender-se a ela, enquadrando-se o contrato de prestação de serviço celebrado entre a progenitora (ou ambos os progenitores, em se tratando de DGPI) e o médico no âmbito do contrato com eficácia de proteção para terceiros¹⁹⁰, tal como sucedeu no caso *baby kelly*, visto na jurisprudência holandesa¹⁹¹.

Trata-se, como bem assevera Marta de Sousa Nunes Vicente, “de reconhecer que, para além dos deveres principais, secundários e acessórios do devedor para com o credor, aquele tem ainda em função do círculo de protecção do contrato, deveres especiais, cuja inclusão ‘é exigida pela boa-fé, dado o fim do

¹⁸⁷ Também nesse sentido, cfr. LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., p. 607; RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., p. 95; ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comunmente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação, op. cit., pp. 18-19; e FIGUEIREDO, Eduardo António da Silva. “Believe me, we have enough imperfection built-in already”: breves reflexões sobre as denominadas ações de «wrongful genetic makeup», op. cit., pp. 48-49.

¹⁸⁸ Sobre esse ponto, cfr. nota 160.

¹⁸⁹ PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), op. cit., p. 753. Em sentido muito similar, reconhecendo a criança como principal lesada, cfr. LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., p. 604.

¹⁹⁰ Nesse sentido, manifestam-se PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), op. cit., p. 756; LEITÃO, Luís Menezes. O dano da vida, op. cit., p. 604; VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as acções de wrongful life: a jurisprudência perruche, op. cit., pp. 129 e ss.; e ROCHA, Paula Natércia. Desafios ético-jurídicos nas comunmente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação, op. cit., p. 13.

¹⁹¹ Sobre essa decisão, cfr. “4.1.7. A jurisprudência holandesa”.

contrato ou a eficácia reconhecível da prestação contratual sobre terceiros'. Através deste mecanismo, a relação obrigacional estende-se para lá da órbita dos dois contraentes, mas esta extensão limita-se, bem entendido, ao direito de exigir uma indemnização por violação dos deveres laterais que o devedor tinha para com estes terceiros, expostos, naturalmente e *ab initio*, à possibilidade de saírem prejudicados em caso de inadimplemento da obrigação"¹⁹². Ora, parece-nos evidente que do contrato de prestação de serviço celebrado entre o médico e a mãe (em DPN) ou ambos os pais (em DGPI), aflore também deveres especiais em favor do feto, no sentido de lhe evitar danos futuros, mais concretamente o ônus (ao menos financeiro) de viver com uma grave deficiência, tendo de ser cuidado e sustentado por toda a vida¹⁹³.

Numa outra linha argumentativa, que servirá de reforço a essa conclusão, será entender que a norma que permite o aborto embriopático/fetopático visa não somente proteger a liberdade reprodutiva da gestante, mas igualmente a proteção da futura criança, designadamente, a sua integridade física. Vera Lúcia Raposo, adepta dessa construção, explica-nos que “esta interpretação da norma, e dos bens jurídicos pela mesma tutelada, parte do entendimento segundo o qual a integridade física da pessoa nascida sobreleva o valor da sua

¹⁹² VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência perruche, op. cit., p. 130.

¹⁹³ Também reconhecendo a extensão desses deveres, cfr. PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“wrongful birth” e “wrongful life”), op. cit., p. 755 e VICENTE, Marta de Sousa Nunes. Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência perruche, op. cit., p. 130. Em sentido contrário, recusando que os deveres médicos possam valer no interesse do filho, manifesta-se FRADA, Manuel A. Carneiro da. A própria vida como um dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite, op. cit., p. 160: “Claro que estando em causa a responsabilidade do médico perante o filho, o dever do médico com vista a possibilitar um aborto – que se nega – teria de ser um dever no interesse do filho (e não para preservar o interesse da mãe, ou de qualquer outra pessoa, em levar à prática esse aborto). Mas se é assim, surgem dificuldades óbvias. Quem poderia julgar sobre o interesse do filho em viver ou não, na fase da incidência do dever destinado a salvaguardá-lo, posto que ele não é naturalmente capaz de avaliar a situação e tomar uma decisão a seu respeito? Por outro lado, nenhum médico pode fazer um prognóstico minimamente seguro no sentido de uma vontade futura de não viver da criança, sabendo-se que na enorme, esmagadora maioria dos casos, as pessoas nascidas com deficiência sentem e experimentam que a sua vida tem a dignidade necessária para ser vivida. Repare-se que nem lidamos sequer com a consideração de uma vontade presumida, pois, na fase intra-uterina o sujeito, por definição, não pode autoavaliar-se do ponto de vista do mérito da sua vida. Por este prisma pode dizer-se que não é concebível um dever do médico destinado a assegurar um aborto da criança deficiente – deste modo tutelando um seu interesse na não-vida –, pela simples razão de que semelhante interesse ou vontade só num futuro (longínquo) se poderia (eventualmente) manifestar. Na realidade, estamos portanto perante uma vontade hipotética, demasiado incerta na sua ocorrência e excessivamente contraditada pelos fatos. De modo algum se pode assentar nela um dever do tipo que criticamos”.

vida antes de nascer. Por conseguinte, esta específica causa de justificação da ilicitude não ignora os interesses nem a proteção da pessoa que vai nascer, de tal forma que as obrigações que lhes estão conexas podem ser concebidas como obrigações (também) face aos nascituro”¹⁹⁴. Ora, se não fosse assim (isto é, se só estivesse em causa a proteção da liberdade reprodutiva), bastaria o recurso à norma contida no artigo 142.º, n.º 1, al. “e” do CP, já que aqui a IVG não será punível, *ipsis litteris*, “por opção da mulher”. Acontece que, como se sabe, a norma não conferiu total liberdade à mulher, na medida em que a interrupção só poderá ter lugar “nas primeiras 10 semanas de gravidez”. Há, nesse aspecto, uma ponderação entre liberdade e potencialidade da vida humana (tal como estabelecido no emblemático caso *Roe v. Wade*¹⁹⁵, que inaugurou o aborto como um direito reprodutivo), o que parece ceder à específica causa de justificação constante no artigo 142.º, n.º 1, al. “c” do CP (“Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita”), hipótese em que a IVG poderá ser realizada “nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo”. Trocando em miúdos, o que se percebe é que a integridade física da pessoa que virá a nascer naquelas condições sobreleva o valor da sua vida antes de nascer, a ponto de se admitir o aborto para além das primeiras 10 semanas de gestação.

Todavia, a grande dificuldade que se pode colocar na inclusão do filho no âmbito do contrato com eficácia de proteção para terceiros consiste na impossibilidade de se considerar como “terceiro” o feto, tal como sustentou o STJ, em decisão de 17 de janeiro de 2013: “porque salvo o devido respeito que é muito pelos defensores desta teoria, não se pode aceitar, de todo em todo que a criança, inexistente enquanto ser humano – em gestação apenas – face ao preceituado no normativo inserto no artigo 66.º, n.º 1 do CCivil, que prescreve que a personalidade se adquire «(...) no momento do nascimento completo e com vida.», acrescentando o seu n.º 2 que «Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.», possa ser tida como parte interessada num contrato havido entre aqueles que a conceberam, sendo a mesma na altura um nascituro e por isso carecida de personalidade jurídica”¹⁹⁶.

Mas esta questão, segundo nos parece, não constituirá um verdadeiro óbice. É que, ao mesmo tempo que o Código Civil determina que a personalidade

¹⁹⁴ RAPOSO, Vera Lúcia. Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth), op. cit., pp. 94-95.

¹⁹⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁹⁶ Ac. do STJ n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, de 17 de janeiro de 2013.

jurídica se inicia com o nascimento com vida (artigo 61.º, n.º 1) e condiciona os direitos do nascituro à aquisição dessa personalidade (artigo 61.º, n.º 2), admite que alguns direitos patrimoniais de que a pessoa virá a ser titular se reportem a um momento prévio ao seu efetivo nascimento¹⁹⁷, tal como se verifica nos artigos 952.º (quanto às doações ao nascituro), 2.033.º, n.º 1 (quanto a sua capacidade sucessória), 1.878.º, n.º 1 (quanto às responsabilidades parentais), 1.854.º e 1.855.º (quanto à perfilhação do nascituro), e 2.240.º (quanto à administração da herança ou legado em favor do nascituro). Significa isto que “a partir do momento em que o ser humano efetivamente nasce, se torna pessoa, e consequentemente adquire direitos, pode reivindicá-los, ainda que o facto que lhes dá origem – ou seja, os pressupostos que accionam o direito – se reportem a um momento anterior à aquisição deste”¹⁹⁸. Por outras palavras, se os direitos da criança foram violados quando ela era um feto, nascerá “*with rights already violated*”¹⁹⁹, aproveitando-se toda a potencialidade da ideia clássica de que “*nasciturus pro jam nato habetur quotiens de commodis ejus agitur*”.

6. Conclusões

Depois deste arrazoado bem significativo, podemos, então, concluir pela admissibilidade das ações de *wrongful birth* e *wrongful life* no direito português, na medida em que se encontram reunidos todos os pressupostos da responsabilidade civil, exigidos pelo artigo 483.º, n.º 1 do CC. Comprovamos a existência de um fato ilícito e culposo do médico; comprovamos, igualmente, a existência de danos patrimoniais e não patrimoniais indenizáveis; comprovamos, por último, a existência de uma causalidade adequada, ainda que indireta ou mediata, entre a conduta médica e o resultado danoso. Doutro passo, constatamos, mesmo, que as muitas dificuldades e contra-argumentos que surgem no âmbito dessas ações, e que, concretamente, têm conduzido a doutrina e a jurisprudência a se manifestarem por sua rejeição, podem ser rebatidas e superadas.

¹⁹⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica, op. cit., p. 75.

¹⁹⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica, op. cit., p. 76. A ideia, aliás, não é inédita na própria jurisprudência, já que o TRP, em decisão de 30 de março de 2000, considerou que “o nascituro tem o direito a danos morais pela morte do pai em acidente de viação, desde que se venha a verificar o condicionalismo do artigo 66 n.º 2 do Código Civil” (ac. do TRP n.º 0030427, de 30 de março de 2000).

¹⁹⁹ RUDA, Albert. ‘I didn’t ask to be born’: wrongful life from a comparative perspective. *Journal of European Tort Law*, n.º 2, 2010, p. 204-241, p. 217.

Por conseguinte, espera-se que as ações que agora nos ocupamos venham a ser admitidas pela jurisprudência portuguesa, especialmente as *wrongful life actions*, afastando-se, lateralmente, o recurso à segurança social. Efetivamente, se em função da violação dos deveres de cuidado e de informação, em DPN, vier a nascer uma criança que padeça de grave doença ou malformação congênita, tolhendo-se, dessa forma, a possibilidade de escolha livre e esclarecida de se interromper a gravidez, ou que deu causa a uma gravidez que deflagrou o mesmo desfecho (em se tratando de DGPI), estará o médico sujeito a um processo de responsabilidade civil e, portanto, obrigado a indenizar os pais e/ou a própria criança.

O fundamento de licitude para o tratamento de dados de saúde por seguradoras

MÓNICA BARROSO DE ALMEIDA*

SUMÁRIO: 1. *Introdução*. 2. *Antecedentes*. 3. *O RGPD: Enquadramento*. 4. *O tratamento de dados de saúde por seguradoras*. 5. *As fontes de licitude do tratamento de dados*. 6. *O problema do consentimento como fonte de licitude*: 6.1. *A liberdade*; 6.2. *A explicitação*; 6.3. *A informação*; 6.4. *A especificidade*. 7. *A solução da alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD – Nos seguros obrigatórios*. 8. *A solução da alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD – Nos seguros facultativos*. 9. *A hipótese da alínea g) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD*. 10. *A hipótese da alínea h) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD*. 11. *A questão do tratamento dos dados genéticos*. 12. *A intervenção do legislador nacional*. 13. *A Lei de Execução Nacional*. 14. *Conclusão. Bibliografia*.

RESUMO: Este trabalho pretende analisar as possíveis fontes de licitude para o tratamento de dados de saúde pelas seguradoras e concluir pela existência ou inexistência de uma fonte que legitime este tratamento.

PALAVRAS-CHAVE: Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD); fontes de licitude; tratamento de dados; seguradoras; proteção de dados pessoais; dados de saúde.

ABSTRACT: This paper aims at analyzing the possible sources of lawfulness for the treatment of health data by insurance companies and to conclude that there is or is not a source that legitimizes this treatment.

KEY-WORDS: General Data Protection Regulation (GDPR); lawfulness of processing; data processing; insurance companies; personal data protection; health data.

* Mónica Barroso de Almeida é Licenciada, desde 2020, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, tendo concluído a Pós-Graduação Avançada em Proteção de Dados, em 2021, na mesma Faculdade. É, atualmente, Advogada Associada na CS'Associados e Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1. Introdução

Este trabalho pretende analisar a possível situação de ilegalidade em que atuam (ou não) as seguradoras, por não haver, aparentemente, uma fonte de licitude no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados¹ que permita o tratamento de dados de saúde pelas mesmas.

Assim, pretende-se analisar a questão, de modo a concluir se não haverá, de facto, uma fonte de licitude no RGPD que, de forma expressa e clara, justifique e legitime o tratamento de dados pessoais de saúde pelas seguradoras.

Não sendo aplicável o artigo 6.º do RGPD, resta-nos o artigo 9.º que não aparenta ter, de forma clara e direta, uma fonte que legitime este tratamento. Resta saber, analisando as várias alíneas possivelmente aplicáveis, se alguma, de forma indireta, poderá oferecer esta fonte de licitude procurada.

2. Antecedentes

Este não é um problema novo.

Já na vigência da antiga Lei de Proteção de Dados², a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, a questão que aqui se levanta, também não tinha resposta clara, havendo já quem se manifestasse contra a aparente falta de fonte de licitude para o tratamento de dados pessoais de saúde, pelas seguradoras, aquando da formação e execução dos contratos de seguro³.

Restava que, com a entrada em vigor do RGPD, este problema tivesse sido solucionado ou que, para quem considere que não o foi, o legislador Nacional, na Lei de Execução, o tivesse feito.

Iniciemos a análise.

3. O RGPD: Enquadramento

O RGPD surgiu com o intuito de uniformizar o tratamento de dados pessoais, a partilha e circulação dos mesmos, nos vários Estados-Membros da União Europeia.

¹ Doravante referido como RGPD.

² Doravante referida como LPD.

³ Neste sentido, veja-se Luís POÇAS, *O Impacto do RGPD no mercado segurador português*, in: Revista jurídica de seguros, N.º 11 (Novembro de 2019), Rio de Janeiro: CNseg, novembro, 2019, p. 79.

Veio, assim, dar cumprimento ao já previsto no artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Embora a proteção de dados (e o respetivo ramo do Direito) não tenha surgido com o RGPD, esta peça legislativa foi um grande passo na direção da uniformização das diferentes legislações que vigoravam nos vários Estados-Membros⁴.

É precisamente por se tratar de um Regulamento (e não de uma Diretiva⁵, como sucedia anteriormente), que o RGPD tem esta capacidade e poder de uniformização.

Esta aplicação do Direito da Proteção de Dados, de forma homogénea, a nível da União Europeia, é a única forma de tutelar verdadeiramente os direitos das pessoas singulares no que respeita à sua vida privada⁶ e dados pessoais⁷.

Como refere PATRÍCIA CARDOSO DIAS, “o direito à proteção de dados pessoais encontra-se expressamente reconhecido no artigo 8.º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (CEDF) como direito fundamental, elevando o seu conteúdo de proteção ao âmbito do direito primário da União Europeia, adquirindo expressão de desenvolvimento no artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) integrado no capítulo relativo aos princípios gerais da União Europeia”⁸.

A nível nacional, o RGPD veio permitir que se cumpra o previsto no número 2 do artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa, constituindo, assim, “um dos instrumentos legais de garantia do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”⁹.

O RGPD veio aumentar os direitos dos titulares de dados pessoais, e ainda aumentar e reforçar os poderes das autoridades de controlo.

⁴ Cf. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados à Luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Coimbra: Almeida, janeiro, 2020, pp. 29 e seguintes.

⁵ Diretiva 95/46/CE do Parlamento e do Conselho, de 24 de outubro, revogada pelo RGPD.

⁶ A privacidade (e o direito à mesma) merecem proteção a nível mundial. Cf., por exemplo, o artigo 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o artigo 8.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e o artigo 16.º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁷ Cf. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp. 40 e seguintes.

⁸ Cf. PATRÍCIA CARDOSO DIAS, *Proteção de dados pessoais no contexto da pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2: aspetos ético-jurídicos relevantes da proteção de dados de saúde no âmbito da emergência de saúde pública*, in: Julgar Online, janeiro de 2021, p.6, disponível em <http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>

⁹ Cf. LUÍS POÇAS, *Problemas e Dilemas do Setor Segurador: o RGPD e o Tratamento de Dados de Saúde*, in: Revista Online, Banca, Bolsa e Seguros, Universidade de Coimbra, N.º 3, 2018, p. 223.

A proteção dada pelo RGPD começa logo com a amplíssima definição que é dada a *dados pessoais*, como pode ser observado no n.º 1 do artigo 4.º do RGPD:

«Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular»¹⁰.

Partindo desta definição, torna-se muito fácil classificar como “dado pessoal” qualquer dado relativo a qualquer pessoa que seja identificável. Nota-se, assim, o quão abrangente é a proteção oferecida pelo RGPD.

Ora, os dados pessoais de saúde são dos dados que precisam de mais proteção, de mais delicadeza no tratamento, precisamente por serem de uma natureza tão pessoal e privada.

São, inclusivamente, considerados como uma categoria especial de dados pessoais, merecedora de maior proteção. A jurisprudência portuguesa segue este mesmo entendimento, tendo o Tribunal Constitucional chegado a considerar que “os dados de saúde integram a categoria de dados relativos à vida privada, tais como as informações referentes à origem étnica, à vida familiar, à vida sexual, condenações em processo criminal, situação patrimonial e financeira”¹¹.

Também encontramos, no artigo 4.º do RGPD, a definição de dados de saúde, desta vez no seu n.º 15:

«Dados relativos à saúde», dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde.

Não fosse esta definição, por si só, já suficientemente ampla, o legislador Europeu veio, no Considerando n.º 35 do RGPD, densificar esta definição:

¹⁰ Cf. RGPD: Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

¹¹ Cf. Acórdão n.º 355/97 do Tribunal Constitucional, disponível no seguinte link: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/360322/details/normal?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>

Deverão ser considerados dados pessoais relativos à saúde todos os dados relativos ao estado de saúde de um titular de dados que revelem informações sobre a sua saúde física ou mental no passado, no presente ou no futuro. O que precede inclui informações sobre a pessoa singular recolhidas durante a inscrição para a prestação de serviços de saúde, ou durante essa prestação, conforme referido na Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, a essa pessoa singular; qualquer número, símbolo ou sinal particular atribuído a uma pessoa singular para a identificar de forma inequívoca para fins de cuidados de saúde; as informações obtidas a partir de análises ou exames de uma parte do corpo ou de uma substância corporal, incluindo a partir de dados genéticos e amostras biológicas; e quaisquer informações sobre, por exemplo, uma doença, deficiência, um risco de doença, historial clínico, tratamento clínico ou estado fisiológico ou biomédico do titular de dados, independentemente da sua fonte, por exemplo, um médico ou outro profissional de saúde, um hospital, um dispositivo médico ou um teste de diagnóstico in vitro.

A própria jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia¹² tenta densificar o conceito de “dados de saúde”, dando-lhe uma interpretação muito lata, no Acórdão *Linqvist*¹³, na sua resposta à quarta questão prejudicial¹⁴:

Atendendo ao objeto desta diretiva, há que dar à expressão «dados relativos à saúde» utilizada no artigo 8.º, n.º 1, uma interpretação lata, de modo que inclua informações relativas a todos os aspetos, quer físicos quer psíquicos, da saúde de uma pessoa.

Concluindo, e como bem refere Luís Poças, “tem sido entendimento pacífico da doutrina que as informações relativas à saúde física e psíquica de um indivíduo se encontram no círculo mais reservado ou íntimo da vida pessoal”¹⁵.

4. O tratamento de dados de saúde por seguradoras

Num momento prévio, torna-se necessário esclarecer o seguinte: será mesmo necessário proceder ao tratamento de dados pessoais de saúde no âmbito da execução de um contrato de seguro?

¹² Doravante referido como TJUE.

¹³ Cf. Acórdão *Linqvist* – Acórdão do TJUE, de 06/11/2003, Processo n.º C-101/01, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0101&from=EN>

¹⁴ Note-se que este Acórdão ainda teve por base a atualmente revogada Diretiva 95/46/CE. Este facto vem dar força à argumentação que aqui se defende: se já na Diretiva (menos protetora e menos abrangente no que toca a proteção de dados), era dada uma interpretação ampla, mais será no âmbito do RGPD.

¹⁵ Cf. LUÍS POÇAS, *O Impacto do RGPD no mercado segurador português...*, p. 183.

A resposta a esta questão não pode deixar de ser afirmativa.

Como estabelece o n.º 1 do artigo 175.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, “o contrato de seguro de pessoas compreende a cobertura de riscos relativos à vida, à saúde e à integridade física de uma pessoa ou de um grupo de pessoas nele identificadas”.

Assim, existem vários seguros (como são exemplos o Contrato de Seguro de Saúde, ou o Contrato de Seguro de Vida) cujo risco (de que trata o objeto do contrato) depende verdadeiramente e quase integralmente dos dados de saúde do segurado.

Quanto ao primeiro momento (conclusão do contrato), o segurador, antes de se vincular, necessita de conhecer o risco que lhe é proposto (em grande parte assente no estado de saúde da pessoa a segurar) e de estimar a probabilidade de ocorrência e de gravidade do eventual sinistro, decidindo então se tal risco é segurável e em que condições tarifárias.

Não obstante, o incumprimento do dever de declaração do risco — com consequências invalidantes do contrato — só é, normalmente, constatado no decurso da gestão do sinistro, quando se evidencia que as causas deste, preexistentes, foram deliberadamente escondidas do segurador. Assim, também no segundo momento (fase de execução do contrato) necessita o segurador de tratar dados de saúde para regularizar o sinistro e verificar do cabal cumprimento do dever pré-contratual de declaração do risco.

Por outro lado, quando o seguro em causa assuma carácter indemnizatório, só a avaliação do dano corporal possibilita a determinação do valor da prestação do segurador por sinistro.

Tratando-se, diversamente, de um seguro de vida com complementar de morte ou incapacidade por acidente, também a determinação da causa da morte ou incapacidade e, logo, do capital devido pelo segurador, dependem do tratamento de dados de saúde.

Ademais, para poder verificar se ocorreu alguma exclusão de cobertura (e, portanto, se as circunstâncias do sinistro estão garantidas), poderá o segurador não conseguir prescindir do tratamento de dados clínicos em sede de gestão do sinistro.

Desta forma, tanto em sede pré-contratual como de execução do contrato, a necessidade de tratamento de dados de saúde pelo segurador é incontornável em algumas modalidades de seguro (em regra, nos seguros de pessoas)¹⁶.

É, assim, necessário encontrar um equilíbrio entre os direitos do segurado e os da seguradora. Na mesma medida que é fulcral proteger a privacidade do segurado, no que respeita aos seus dados pessoais e respetivo tratamento, também não é menos importante proteger o direito da seguradora de aceder a todas as informações que sejam necessárias e relevantes para que possam não só

¹⁶ Cf. LUÍS POÇAS, *O Impacto do RGPD no mercado segurador português...*, p. 186.

decidir se é do seu interesse celebrar um certo contrato de seguro, mas também para a boa execução do mesmo¹⁷.

Para tal, deve chegar-se a um compromisso. Como bem descreve Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, “*dir-se-á que a tutela dos direitos de personalidade aqui implicados não pode chegar ao ponto de paralisar certas actividades socialmente lícitas e úteis, sendo certo que sob o pretexto de se desenvolverem um tal tipo de actuações não é possível aos titulares dos respectivos órgãos atingir, de modo significativo, um núcleo de direitos essenciais dos visados pelas mesmas, como é o caso dos direitos de personalidade*”¹⁸.

O contrato de seguro chega mesmo a ser qualificado como um contrato de *Uberima Fides*¹⁹, ou seja, um contrato em que a boa fé tem especial (e extrema) relevância (*Utmost Good Faith*), precisamente por ser um contrato em que é necessário um compromisso tão grande entre as partes e os direitos que lhes assistem.

Chegando à conclusão de que é necessário às seguradoras proceder ao tratamento de dados, resta perguntar se haverá fonte que legitime este tratamento?

Como bem se pode ler no Parecer n.º 20/2018 da CNPD,

*(...) a legitimidade para aceder a dados de saúde dentro de uma organização depende da efetiva e demonstrada necessidade de acesso a essa informação, não apenas em concretização do princípio da proporcionalidade, como também por razões de segurança da informação e de proteção dos dados*²⁰.

Cabe, então, analisar as possíveis fontes de licitude.

5. As fontes de licitude do tratamento de dados

Como é que o tratamento de dados pessoais pode ser lícito? A resposta a esta pergunta é-nos dada pelo RGPD, nos seus artigos 6.º e 9.º.

¹⁷ Neste sentido, cf. FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *O Regulamento de Proteção de Dados Pessoais (U2016/697) no Contexto dos Desafios da Actividade Seguradora – o caso particular dos seguros de saúde*, in: Revista Online, Banca, Bolsa e Seguros, Universidade de Coimbra, N.º 3, 2018, pp. 52 e 53.

¹⁸ Cf. FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *op. cit.*, p. 56.

¹⁹ Neste sentido, qualificando o contrato de seguro como contrato de *Uberima Fides*, veja-se, por exemplo, FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *op. cit.*, pp. 51 e 52. Contra esta posição, e considerando que não existe especial exigência de boa fé neste tipo de contratos, veja-se MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, in: *Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2010, pp. 441 e 442.

²⁰ Cf. Parecer n.º 20/2018 da Comissão Nacional de Proteção de Dados, Processo n.º 6275/2018, p. 29.

Ora, os dados pessoais só podem ser tratados se “*existir um fundamento que torne lícito esse tratamento em função das finalidades em causa, sendo o elenco de fontes de licitude definido pelo Regulamento*”²¹.

O Artigo 6.º aplica-se aos dados pessoais comuns, elencando as fontes de licitude do seu tratamento.

No entanto, para este trabalho, é de maior relevo o artigo 9.º, que se aplica às categorias especiais de dados (sendo precisamente nesta categoria que se inserem os dados de saúde), e elenca as fontes de licitude para o tratamento deste tipo de dados.

As fontes de licitude previstas no artigo 9.º são mais restritas do que as que se aplicam aos dados pessoais comuns, por via do artigo 6.º.

Começando, no seu n.º 1, com a proibição de tratamento como regra geral, cada uma das fontes previstas nas alíneas do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, tratam-se de exceções que legitimam este mesmo tratamento.

É precisamente neste contexto das fontes de licitude previstas no Regulamento, que surge o nosso problema: entre todas as fontes previstas no artigo 9.º, não há nenhuma que, de modo claro e evidente, legitime o tratamento de dados de saúde pelas seguradoras.

Nas palavras da Comissão Nacional de Proteção de Dados²², o problema é precisamente “*o facto de o RGPD, no seu artigo 9.º, não legitimar diretamente o tratamento de dados de saúde no âmbito do contrato de seguro*”²³.

Ora, a consequência da ausência de uma fonte de legitimação do tratamento implicaria que as seguradoras não pudessem tratar todos os dados pessoais após 25 de maio de 2018 (data da aplicação do RGPD). Tal implicaria que as seguradoras tivessem de eliminar todos os dados de saúde que tivessem armazenado, o que se traduziria numa impossibilidade de manutenção e de execução dos contratos vigentes (mesmo que celebrados antes da entrada em vigor do RGPD).

Tudo isto levaria a uma extinção de todos os contratos de seguro²⁴ que, de uma forma ou de outra, implicassem o tratamento de dados de saúde, o que afetaria uma parcela relevante dos contratos de seguro celebrados e a celebrar, o que traria consequências desvantajosas, não só para as seguradoras, mas também para os segurados. É importante não esquecer que muitos destes seguros que implicam tratamento de dados de saúde, não são obrigatórios. Tal releva que

²¹ Cf. LUÍS POÇAS, *Problemas e Dilemas do Setor Segurador...* p. 231.

²² Doravante referida como CNPD.

²³ Cf. Parecer n.º 20/2018 da Comissão Nacional de Proteção de Dados, Processo n.º 6275/2018, p. 37.

²⁴ Cf. LUÍS POÇAS, *Problemas e Dilemas do Setor Segurador...* p. 251.

serão os segurados a procurar as seguradoras para a celebração destes mesmos contratos, ou seja, o interesse na celebração e na manutenção destes contratos (o que implica, necessariamente, que haja tratamento de dados de saúde), embora seja das duas partes, partirá, numa fase inicial, do segurado que procura a seguradora.

Dito de outro modo, partirá do segurado, numa fase inicial, o interesse no tratamento dos dados de saúde pela seguradora, por ser a única forma possível de sustentar a relação contratual.

Não existe, como bem identifica Luís Poças, nenhuma fonte de licitude no artigo 9.º que corresponda à alínea b) do artigo 6.º (que legitima por necessidade de tratamento para a execução do contrato). Caso existisse, o trabalho estaria facilitado por ter esta simples solução à vista.

Não existindo, cabe analisar as restantes opções de possíveis fontes legitimadoras do tratamento de dados de saúde, começando pelo *consentimento*.

6. O problema do consentimento como fonte de licitude

Uma das principais fontes de licitude de tratamento é o consentimento do titular.

A origem do consentimento como fonte legitimadora de tratamento de dados de saúde pelas seguradoras vem da vigência da antiga LPD que previa, nos seus artigos 6.º (para dados pessoais comuns) e 7.º (para categorias especiais de dados pessoais, onde se incluíam os dados de saúde) o consentimento como uma das primeiras e principais fontes legitimadoras do tratamento de dados.

A evolução da LPD para o RGPD levou a que alguns autores ainda aceitem o consentimento como fundamento para este tipo de tratamento de dados.

É precisamente neste sentido que vai Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, referindo que da alínea a) no n.º 2 do artigo 9.º do RDPD “*resulta claro que as seguradoras apenas podem proceder ao tratamento de dados pessoais sensíveis quando obtiverem o consentimento dos respectivos titulares e apenas se lhe tiverem sido indicadas de modo detalhado as finalidades específicas que presidiram à respectiva recolha*”²⁵.

Nas palavras do Autor:

Apenas quando houver consentimento expresso do titular dos dados permitindo o tratamento de dados, ou a sua recolha se revelar necessária para o exercício de direitos ou para

²⁵ Cf. FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *op. cit.*, p. 92.

*o cumprimento de obrigações do titular dos dados ou da entidade responsável pelo seu tratamento no âmbito da legislação de segurança social, laboral ou da protecção social (art.º 9.º, n.º 2, al.) b) do Regulamento 2016/679), será admitido o tratamento e conservação pelas seguradoras dos dados relativos à saúde*²⁶.

O Autor chega mesmo a considerar que outro entendimento (um entendimento mais restritivo) que não aceite o consentimento como fonte legitimadora do tratamento dos dados de saúde, funda-se numa interpretação demasiado restritiva e limitativa do Considerando n.º 43 do RGPD²⁷.

Considera, ainda, ser perfeitamente aceitável e admissível que quando seja celebrado um contrato de seguro, o consentimento do segurado se considere “manifestado de forma livre e esclarecida”, consentimento este que será aplicável, no entendimento de Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, a todos os dados que se revelem relevantes e necessários para a execução do contrato celebrado, concluindo que poderão, assim, “tais dados ser tratados e conservados pelas seguradoras”²⁸.

Para sustentar esta posição, o Autor invoca o artigo 5.º do RGPD, como tendo um conjunto particularmente relevante de exigências regulativas, às quais estão sujeitas as entidades responsáveis pelo tratamento de dados, funcionando, assim, como um instrumento de garantia a favor do segurado (ou do tomador do seguro).

Não podemos, no entanto, concordar com esta interpretação, desde logo, devido à definição de consentimento²⁹ que nos é dada pelo RGPD, no n.º 11 do artigo 4.º:

«Consentimento» do titular dos dados, uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento.

²⁶ Cf. FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *op. cit.*, p. 114.

²⁷ O Autor justifica a sua posição referindo que *poder-se-á legitimamente admitir que o consentimento prestado pelo proponente dos seguros para a celebração de um contrato de seguro de saúde, que representa, em si mesma, uma situação específica, constitua fundamento jurídico suficiente para o tratamento dos dados pessoais do proponente em relação às questões específicas atinentes ao(s) risco(s) conexonado(s) com esse universo particular.* Cf. FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *op. cit.*, p. 94.

²⁸ Cf. FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *op. cit.*, p. 95.

²⁹ Sobre o consentimento, cf. Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, disponível em https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20180410_orientacoes_relativas_ao_consentimento_wp259_rev01

Começemos por identificar os vários requisitos que esta definição impõe ao consentimento: (i) a liberdade, (ii) a explicitação, (iii) a informação, (iv) e a especificidade³⁰.

6.1. *A liberdade*

Em primeiro lugar, exige-se a liberdade do consentimento. Citando o Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, “*regra geral, o RGPD prevê que se o titular dos dados não puder exercer uma verdadeira escolha, se sentir coagido a dar o consentimento ou sofrer consequências negativas caso não consinta, então o consentimento não é válido*”³¹.

Repare-se que o Considerando n.º 43 pressupõe que o consentimento não será livre se a execução de um contrato depender do consentimento, apesar de este não ser necessário para a execução:

(...) Presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução.

Será de rejeitar, no entendimento de Luís Poças (que partilhamos), a interpretação feita *a contrario* deste Considerando, no sentido de se considerar livre o consentimento se o tratamento for necessário à execução do contrato que esteja dependente da obtenção desse mesmo consentimento³². Se fosse possível fazer tal interpretação, a solução seria fácil, pois tal seria aplicável precisamente nos casos dos contratos de seguro de saúde.

E não é possível fazer tal interpretação por a mesma ir contra a *ratio* de todo o RGPD, pois assim já não estaríamos a partir da necessidade de consentimento em si, mas sim da necessidade de execução do contrato³³.

³⁰ O Grupo de Trabalho do Artigo 29.º debruçou-se precisamente sobre este tema. Para mais desenvolvimentos, consultar o *link* indicado na nota n.º 29.

³¹ Cf. Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, p. 6.

³² Cf. LUÍS POÇAS, *O Impacto do RGPD no mercado segurador português...*, p. 193.

³³ Cf. LUÍS POÇAS, *Problemas e Dilemas do Setor Segurador...*, p. 262.

Acresce o problema da retirada do consentimento: dizer que o consentimento é livre implica, obrigatoriamente, que este possa ser retirado pelo titular que inicialmente o deu.

Esta retirada do consentimento teria grandes implicações, nomeadamente a estabelecida no Considerando n.º 65 do RGPD e na alínea b) do n.º 1 do artigo 17.º do mesmo Regulamento, que consagra o direito ao esquecimento, que se traduziria, neste caso, num direito ao apagamento dos dados de saúde.

Ora, torna-se inexequível para uma seguradora, no âmbito de um contrato de seguro pessoal, ter um titular de dados que, a todo o tempo, pode revogar o consentimento anteriormente dado e, até, posteriormente voltar a consentir.

6.2. *A explicitação*

Em segundo lugar, e contrariamente ao que acontece para dados pessoais comuns, o artigo 9.º vem exigir que seja dado o consentimento explícito do titular. De facto, o artigo 6.º apenas exige que seja dado consentimento, enquanto o 9.º parece dar um passo extra, já exigindo o consentimento explícito do titular.

Cabe, no entanto, afirmar que este requisito não se trata de um verdadeiro requisito, pois apenas aparenta adicionar algo ao artigo 6.º, não adicionando verdadeiramente. Ora, é com segurança que fazemos tal afirmação, pois a explicitação do consentimento é algo que deve estar associado a todo o consentimento, no contexto de todo o Regulamento (incluindo no artigo 6.º), pois tal é exigido pela própria definição de consentimento, patente no n.º 11 do artigo 4.º do RGPD³⁴.

Se todo o consentimento tem necessariamente de ser explícito (por a própria definição assim o exigir), o “requisito” extra do artigo 9.º não será um verdadeiro requisito, mas apenas uma repetição daquela que já é uma exigência do consentimento dado em todo o contexto deste Regulamento.

6.3. *A informação*

Em terceiro lugar, exige-se que seja dada toda a informação necessária ao titular dos dados, sendo o responsável pelo tratamento obrigado a fornecer estas informações, sob pena de o consentimento ser completamente ilusório. Caso

³⁴ Recorde-se a definição *supra* citada.

seja meramente ilusório, o consentimento será um fundamento inválido para o tratamento³⁵.

Relativamente a este requisito, não se observam especiais dificuldades, desde que seja cumprido.

6.4. *A especificidade*

Em quarto e último lugar, temos a especificidade do consentimento como requisito.

Citando o Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, “o requisito de que o consentimento deve ser «específico» destina-se a assegurar um certo grau de controlo do utilizador e transparência em relação ao titular dos dados”³⁶. Assim, é exigido que seja dado consentimento para cada finalidade individual e concreta, sendo necessário recolher, *especificamente*, o consentimento para cada uma destas finalidades, de modo a dar o maior controlo possível ao titular.

Para densificar este conceito, a CNPD sublinha que “*não será suficiente um “consentimento genérico”, como já se tem visto em contratos de seguro enviados à CNPD, no qual se admite o “acesso à informação clínica existente em hospitais, centros de saúde ou médicos particulares”*”³⁷.

Torna-se, desde logo, inviável e impraticável, no âmbito de um contrato de seguro (que, não se esqueça, é um contrato de longa duração, normalmente renovável sucessivamente e anualmente), obter o consentimento *específico* do titular dos dados para cada e toda a recolha de dados e sempre que se mostre necessário, para a seguradora, proceder ao tratamento dos mesmos.

Conclui-se, assim, e em termos do consentimento como fonte de licitude, que é totalmente impraticável que seja esta a fonte legitimadora de tratamento dos dados de saúde, dada a fragilidade e efemeridade que tem o consentimento dado (livremente) por um titular de dados.

³⁵ Cf. Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, p. 14.

³⁶ Cf. Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, pp. 12 e 13.

³⁷ Cf. Luís POÇAS citando a nota 38 da Deliberação n.º 51/2001, in Luís POÇAS, *Problemas e Dilemas do Setor Segurador...*, pp. 258.

7. A solução da alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD – Nos seguros obrigatórios

O problema da existência de fonte que legitime o tratamento não se verifica em todos os seguros.

Há, portanto, que distinguir os seguros obrigatórios dos seguros facultativos.

Ora, os seguros obrigatórios são aqueles em que o tomador do seguro não tem liberdade de não contratar, mantendo apenas a liberdade de escolha da contraparte³⁸.

Veja-se, por exemplo, num contrato de Seguro de Responsabilidade Civil Automóvel, a seguinte situação: devido a um sinistro, ocorrem danos corporais em terceiros. Estes danos estão cobertos pelo seguro contratado. Neste caso, será absolutamente necessário que a seguradora tenha acesso a dados e relatórios clínicos do lesado, o que implica, naturalmente, ter acesso aos seus dados pessoais de saúde.

Nestes casos, a fonte de licitude é precisamente a alínea b) no n.º 2 do artigo 9.º do RGPD, pois, neste caso, o tratamento de dados é absolutamente necessário para que o responsável pelo tratamento possa cumprir as suas obrigações, obrigações essas que decorrem de normas legais injuntivas. Note-se, no entanto, que esta permissão é apenas dada para o tratamento de dados em matéria de legislação laboral, segurança social e proteção social³⁹.

Assim, apenas se pode aqui enquadrar os seguros de saúde se os conseguirmos considerar uma forma de proteção social.

De facto, este tipo de seguros demonstram uma vertente de proteção social inegável e justificativa da exigência legal de celebração dos mesmos. Não seria, assim, legítimo colocar excessivos entraves à legitimação de recolha e tratamento de dados neste tipo de seguros, visto que não são celebrados porque as partes o querem, mas sim porque a lei assim o obriga.

Não se esqueça, ainda, que os seguros obrigatórios apresentam uma vertente (não apresentada pelos seguros facultativos) que não pode ser desconsiderada. Referimo-nos ao facto de em regra, no caso dos seguros obrigatórios, “os titulares dos dados de saúde cujo tratamento é requerido em sede de execução do contrato não são parte do mesmo, mas sim terceiros”⁴⁰.

Deste modo, mesmo que existisse no artigo 9.º uma alínea equivalente à alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º, ainda não poderia ser esta a legitimar o tratamento de dados, precisamente por o titular dos dados não ser parte contratual.

³⁸ Cf. LUÍS POÇAS, *O Impacto do RGPD no mercado segurador português...*, p. 196, nota de rodapé n.º 46.

³⁹ Cf. alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD.

⁴⁰ Cf. LUÍS POÇAS, *Problemas e Dilemas do Setor Segurador...*, p. 277.

Resta, assim, como única fonte legitimadora para este tipo de contratos, a alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD.

Seguimos a posição de Luís Poças quando considera incluída nesta alínea os seguros de vida, de saúde e de acidentes pessoais subscritos pelo empregador em benefício dos trabalhadores⁴¹.

Estabelecida a fonte de licitude nos casos de seguros obrigatórios, resta saber se existe semelhante fonte para os casos de seguros facultativos (onde se enquadram a maioria dos seguros pessoais).

8. A solução da alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD – Nos seguros facultativos

Aplicar-se-á, nos seguros facultativos, a mesma fonte de licitude aplicável aos seguros obrigatórios?

A verdade é que, tratando-se de seguros de saúde, mesmo que estes não sejam obrigatórios, não se pode questionar que existe uma forte dimensão social associada a este tipo de contratos.

Para Luís Poças, a resposta é afirmativa.

Começa por considerar que os seguros de pessoas facultativos, vêm complementar o regime de proteção que é consagrado em promovido pelo Sistema Previdencial de Segurança Social.

Partindo deste pressuposto, avança para a verificação do critério da obrigatoriedade legal, concluindo que, na fase pré-contratual (fase esta em que se avalia o risco), existe um “*verdadeiro dever legal do segurador (...) de análise criteriosa do risco subscrito, aplicando a este as condições tarifárias adequadas, pelo que não pode, no caso dos seguros de pessoas, deixar de tratar os dados de saúde indispensáveis a essa análise e seleção*”.

Também na fase de execução do contrato, o segurador “*está vinculado a observar vários deveres legais, que normalmente impõem o tratamento de dados de saúde em seguros de pessoas (gr. arts. 102.º e 104.º do RJCS)*”⁴².

Assim, conclui pela aplicação da alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD como fonte legitimadora do tratamento.

Não questionamos que existe uma forte e relevante dimensão social associada aos contratos de seguro de saúde (mesmo que facultativos). Até aqui, concordamos com o Autor.

⁴¹ Cf. LUÍS POÇAS, *O Impacto do RGPD no mercado segurador português...*, p. 198.

⁴² Cf. LUÍS POÇAS, *O Impacto do RGPD no mercado segurador português...*, pp. 199 e 200.

Mas continua a haver um aspeto (de cariz crucial) que distingue os seguros obrigatórios dos facultativos. Trata-se da existência (ou inexistência) de uma obrigação legal do responsável pelo tratamento de dados (no caso, a seguradora).

Salvo melhor opinião, consideramos que Luís Poças conclui com demasiada facilidade que existe uma tal obrigação legal. Parece-nos que o salto que é dado entre a conclusão de que existe uma dimensão social associada a estes seguros, e a existência de deveres legais que incidam sobre a seguradora, é demasiado grande.

Assim, não consideramos que seja possível aplicar a alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD para legitimar este tratamento.

9. A hipótese da alínea g) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD

Abordadas já algumas das possíveis soluções para o tratamento de dados de saúde, cabe ainda analisar a hipótese da aplicação da alínea g) do n.º 2 do artigo 9.º.

Ora, para que se possa aplicar legitimamente esta alínea, é necessário considerar e aceitar que o tratamento de dados de saúde na (e pela) atividade seguradora, tem interesse público relevante e importante.

Sobre este tema já se pronunciou a CNPD na seguinte medida:

Ora, se se consegue acompanhar que no âmbito dos seguros obrigatórios é já reconhecido o interesse público importante, já o mesmo não acontece relativamente aos restantes seguros, designadamente os seguros de vida. Note-se que ainda que se possa reconhecer à atividade seguradora algum interesse público (enquanto atividade sujeita a regulação pública), muito dificilmente é suscetível de ser um interesse público qualificado, como exige aquela alínea g)⁴³.

De facto, é perfeitamente questionável se haverá interesse público adjacente aos seguros de saúde (não obrigatórios) e, havendo, se este interesse público corresponde a um interesse público qualificado (“importante”) tal como é exigido pela alínea g).

Ora, embora não se questione que os seguros de saúde obrigatórios têm, efetivamente, um grande cariz social, que se traduz num interesse público importante⁴⁴, o mesmo já não será necessariamente dito acerca dos seguros de saúde facultativos.

⁴³ Cf. Parecer n.º 20/2018 da Comissão Nacional de Proteção de Dados, Processo n.º 6275/2018, p. 37.

⁴⁴ Com esta opinião, cf. FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *op. cit.*, pp. 117 e 118.

Como exemplo da premência do interesse público nos seguros de saúde obrigatórios, veja-se o caso do seguro de responsabilidade civil automóvel. É inegável que esta é precisamente uma das situações em que o interesse público subjacente é mais relevante.

Como bem refere Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos,

*(...) a disciplina jurídica positiva reservada a tais seguros (no caso do Decreto Lei n.º 291/2007), exprime claramente a influência regulativa de exigências de justiça distributiva e não apenas a necessidade de acautelar os interesses dos particulares, cuja tutela tem fundamentalmente subjacente razões de justiça comutativa*⁴⁵.

Resta saber se o mesmo raciocínio pode ser feito no que diz respeito aos seguros de saúde facultativos.

Salvo melhor opinião, a resposta não nos parece que possa ser outra, que não uma negativa.

É evidente que existe interesse associado aos seguros de saúde facultativos, mas este interesse será maioritariamente (se não mesmo totalmente) privado. O pouco interesse público que possa estar associado a este tipo de seguros, não terá relevância suficiente para que possa ser qualificado como um “*interesse público importante*” nos termos definidos e previstos pelo RGPD, mais especificamente, pela alínea g) em análise.

Não podemos, no entanto, deixar de fazer a seguinte ressalva: caso haja intervenção do legislador nacional, no sentido de reconhecer expressamente que os seguros de saúde facultativos (e, consequentemente, o tratamento de dados de saúde pelas seguradoras) têm interesse público importante, fica estabelecida a base necessária para a aplicação da alínea g) como fonte legitimadora para o tratamento de dados⁴⁶.

10. A hipótese da alínea h) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD

Alguns autores⁴⁷ encontram na alínea h) do n.º 2 do artigo 9.º⁴⁸ uma possível fonte legitimadora do tratamento deste tipo de dados.

⁴⁵ *Idem*, p. 117.

⁴⁶ Como tal implicaria a intervenção do legislador nacional, esta hipótese será explorada em sede própria, no capítulo respeitante à intervenção do legislador nacional, páginas 25 e seguintes do presente trabalho.

⁴⁷ Por exemplo, cf. Luís Poças, *Problemas e Dilemas do Setor Segurador...*

⁴⁸ Recorde-se o conteúdo desta alínea: “se o tratamento for necessário para efeitos de medicina preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico, a prestação de

No entanto, nunca seria com uma interpretação literal da referida alínea que se conseguiria enquadrar os seguros de saúde facultativos, mas apenas com uma interpretação extensiva.

Essa interpretação passa por verificar os três requisitos que resultam da conjugação da alínea h) do n.º 2 do artigo 9.º com o n.º 3 do mesmo artigo⁴⁹.

O primeiro requisito diz respeito às finalidades do tratamento (que, por exigência da alínea h), deve assentar na medicina preventiva, no diagnóstico médico, na prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social, ou na gestão de sistemas e serviços de saúde ou de ação social).

Os Autores que defendem a aplicação desta alínea, sustentam a sua posição na imprecisão que tem a expressão *ação social*, considerando que se encontra na mesma dimensão que a da *proteção social* da alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º⁵⁰.

Já tivemos oportunidade de concluir que esta vertente de proteção social está patente não só nos seguros obrigatórios, mas também nos facultativos. Consideramos, no entanto, que a interpretação que está a ser dada parte mais de uma fragilidade de tradução das várias versões do RGPD do que numa verdadeira interpretação da alínea.

O segundo requisito diz respeito ao enquadramento do tratamento (que, por exigência da alínea h), deve ser no âmbito do Direito da União Europeia ou dos Estados-Membros, ou de um contrato celebrado com um profissional de saúde). Os autores que defendem a aplicação desta alínea não questionam que o tratamento seja permitido no âmbito do Direito da União ou dos Estados-Membros. Não podemos concordar com esta posição. Já tivemos oportunidade de concluir que não existe norma legal que obrigue as seguradoras, nos casos de seguros facultativos, a proceder ao tratamento de dados. Se considerássemos que havia, teríamos solucionado o problema com a aplicação da alínea b) do n.º 2 do artigo 9.º, à semelhança do que fizemos no caso dos seguros obrigatórios.

Os mesmos Autores acrescentam, ainda, que em último caso, sempre valeria a celebração de contrato com um profissional de saúde, pois não faria sentido que o titular quisesse celebrar o contrato, mas depois não quisesse autorizar o tratamento de dados, do qual depende a execução do contrato. Apesar de concordarmos que, de facto, tal não faria sentido, não podemos dar o salto

cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistemas e serviços de saúde ou de ação social com base no direito da União ou dos Estados-Membros ou por força de um contrato com um profissional de saúde, sob reserva das condições e garantias previstas no n.º 3”.

⁴⁹ Para mais desenvolvimentos, cf. LUÍS POÇAS, *Problemas e Dilemas do Setor Segurador...*, pp. 286 a 290.

⁵⁰ Inclusivamente, a versão francesa do RGPD, utiliza exatamente a mesma expressão para os dois preceitos.

para concluir que assim sempre será. Não esqueçamos todos os problemas relativos ao consentimento que já tivemos oportunidade de analisar⁵¹, nomeadamente no que diz respeito à liberdade do mesmo, que implica necessariamente o poder de o retirar, e o direito ao esquecimento.

Finalmente, o terceiro requisito diz respeito à confidencialidade e ao segredo profissional. Este requisito encontra-se preenchido, pois tal dever de sigilo é exigido às seguradoras, como pode ser observado no artigo 119.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro⁵². No entanto, não basta o preenchimento de um requisito para aplicação da norma na íntegra.

Assim, concluímos que só através de uma interpretação muito extensiva da alínea h) seria possível reconhecê-la como fonte legitimadora do tratamento de dados de saúde.

Ora, não é isto que se procura com este trabalho. O que se pretende é uma fonte que, de forma expressa e inequívoca, legitime o tratamento.

11. A questão do tratamento dos dados genéticos

Para quem defenda que existe fonte legitimadora do tratamento de dados de saúde pelas seguradoras (quer seja ao abrigo do consentimento, quer seja através da aplicação da alínea b), g) ou h) do n.º 2 do artigo 9.º), há uma questão particularmente sensível que deve ser abordada.

Os testes genéticos revelam-se cruciais no diagnóstico e na prevenção de doenças, apresentando resultados relativamente rápidos e fidedignos.

Assim, cabe perguntar: podem as seguradoras ter acesso a informação genética do segurado?

A resposta a esta questão é simples e é-nos dada pelo artigo 12.º da Lei n.º 12/2005 de 26 de janeiro⁵³ sobre informação genética pessoal e informação de saúde. Este artigo revela que é proibido às seguradoras:

- a) pedir e utilizar qualquer tipo de informação genética para recusar um seguro de vida ou estabelecer prémios mais elevados (n.º 1 do artigo 12.º da Lei 12/2005);

⁵¹ Página 13 e seguintes do presente trabalho.

⁵² Disponível em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/105326879/201806190136/73342298/diploma/indice>

⁵³ A Lei 12/2005, de 26 de janeiro, está disponível no seguinte *link*: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/624463/details/maximized>

- b) pedir a realização de testes genéticos aos seus potenciais segurados para efeitos de seguros de vida ou de saúde ou para outros efeitos (n.º 2 do artigo 12.º da Lei 12/2005);
- c) utilizar a informação genética obtida de testes genéticos previamente realizados nos seus clientes atuais ou potenciais para efeitos de seguros de vida e de saúde ou para outros efeitos (n.º 3 do artigo 12.º da Lei 12/2005);
- d) exigir e utilizar a informação genética resultante da colheita e registo dos antecedentes familiares para recusar um seguro ou estabelecer prémios aumentados ou para outros efeitos (n.º 4 do artigo 12.º da Lei 12/2005).

Esta proibição é de tal modo abrangente, que Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos chega a considerá-la uma “*proibição absoluta para as seguradoras recorrerem ou utilizarem resultados de testes genéticos*”⁵⁴.

De facto, no que diz respeito a dados e informação genética, não se trata só de direito à privacidade ou à proteção da intimidade da vida privada, tratando-se ainda de um verdadeiro direito ao desconhecimento. É perfeitamente legítimo que o segurado queira desconhecer o seu estado de saúde (e, por maioria de razão, se o quer desconhecer, também não quererá que terceiros – como é o caso da seguradora – o conheçam).

A própria Lei 12/2005, de 26 de janeiro, parece defender este entendimento. Repare-se que o n.º 2 do artigo 3.º desta mesma Lei, relativo à propriedade da informação de saúde, refere que “o titular da informação de saúde tem o direito de, **querendo**, tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito (...)”⁵⁵.

12. A intervenção do legislador nacional

Defendendo que não há lugar à aplicação de nenhuma das alíneas do artigo 9.º do RGPD como possíveis fontes legitimadoras do tratamento de dados de saúde, no caso dos seguros facultativos, restará apenas a atuação do legislador nacional para colmatar esta lacuna.

A este propósito, veja-se o Considerando n.º 45 do RGPD:

(...) o presente regulamento não exige uma lei específica para cada tratamento de dados. Poderá ser suficiente uma lei para diversas operações de tratamento [...]. Deverá também

⁵⁴ Cf. FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *op. cit.*, p. 105.

⁵⁵ Sublinhado nosso.

caber ao direito da União ou dos Estados-Membros determinar qual a finalidade do tratamento dos dados. Além disso, a referida lei poderá especificar as condições gerais do presente regulamento que regem a legalidade do tratamento dos dados pessoais, estabelecer regras específicas para determinar os responsáveis pelo tratamento, o tipo de dados pessoais a tratar, os titulares dos dados em questão, as entidades a que os dados pessoais podem ser comunicados, os limites a que as finalidades do tratamento devem obedecer, os prazos de conservação e outras medidas destinadas a garantir a licitude e equidade do tratamento.

É, de facto, evidente que uma só intervenção do legislador nacional resolveria os problemas respeitantes ao tratamento de dados de saúde nos casos de seguros facultativos, na sua totalidade (ou quase na sua totalidade, ficando a faltar analisar as questões que se levantariam relativamente à interpretação conforme e uniforme com o Direito da União Europeia).

Retomando a hipótese da alínea g) do n.º 2 do artigo 9.^o⁵⁶, relembre-se que esta consagra a licitude do tratamento de dados de saúde se o mesmo “*for necessário por motivos de interesse público importante, com base no direito da União ou de um Estado-Membro*”.

Ora, como também já foi referido *supra*, a intervenção do legislador, no sentido de considerar esta categoria de seguros como sendo de interesse público relevante, levaria a que fosse suficiente a aplicação desta alínea para resolver o problema da legitimidade do tratamento. O mesmo já não pode ser dito sem esta prévia intervenção do legislador.

Esta ideia não é nova, já tendo sido abordada e proposta pela própria CNPD, no seu Parecer n.º 20/2018:

*(...) sobraría ainda a hipótese de o legislador, nos termos da alínea g) do mesmo número, considerar de interesse público importante o tratamento de dados de saúde na atividade seguradora*⁵⁷.

De facto, não sendo possível retirar do Direito Nacional e/ou do Direito Europeu atualmente existentes este interesse público qualificado, terá de caber ao legislador trabalhar nesse sentido.

Fora da hipótese da alínea g), existe ainda outro caminho que releva explorar e que só surge, precisamente, com a intervenção do legislador. Trata-se do n.º 4 do artigo 9.º do RGPD. Este refere que “*os Estados-Membros podem manter*

⁵⁶ Analisada *supra* nas páginas 20 e seguintes do presente trabalho.

⁵⁷ Cf. Parecer n.º 20/2018 da Comissão Nacional de Proteção de Dados, Processo n.º 6275/2018, p. 37.

ou impor novas condições, incluindo limitações, no que respeita ao tratamento de dados genéticos, dados biométricos ou dados relativos à saúde”.

A CNPD chega mesmo a considerar que esta será a única hipótese de legitimar o tratamento de dados de saúde pelas seguradoras, no âmbito dos seguros não obrigatórios⁵⁸. Acrescenta que será *“imperioso que a lei nacional preveja não apenas a possibilidade de efetuar o tratamento de dados de saúde, mas também o respetivo regime do mesmo, designadamente, os limites a que necessariamente tem de estar sujeito e as medidas de segurança e de mitigação do impacto sobre os direitos dos titulares dos dados”*⁵⁹.

Não se deve optar por uma perspetiva restrita que considere que este n.º 4 do artigo 9.º apenas vem permitir aos Estados-Membros criar legislação no sentido de manter todas as condições previstas no RGPD ou, inovando, fazendo-o de modo mais restrito e rigoroso, o que, no caso, apenas traria mais constrangimentos ao tratamento de dados de saúde pelas seguradoras.

Ora, ao abrir esta possibilidade, o legislador comunitário não parece ter tido este intuito de restringir ainda mais a legislação vigente, mas antes precisamente o contrário.

Como refere Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, *“(...) não parece ter querido restringir o âmbito de aplicabilidade do preceito às hipóteses de agravamento pelos Estados-Membros do acesso e tratamento de dados pessoais respeitantes à saúde. Com efeito, o regulamento ao admitir aos Estados-Membros estabelecer mais condições, quer abrir a possibilidade de estabelecer outras condições, ou seja, diferentes condições das previstas no regime nele estatuído, e essas condições diferenciadas a constar em legislações nacionais, podem revelar-se condições mais flexíveis ou favoráveis”*⁶⁰.

De facto, repare-se que o artigo diz que os Estados-Membros podem *“manter ou impor novas condições, incluindo limitações”*⁶¹. Se o legislador comunitário fez questão de destacar que os Estados-Membros podem, inclusivamente, fazer limitações, tal significa que também podem não as fazer e ainda assim estabelecer novas condições. Condições essas que poderão, no caso, legitimar o tratamento de dados de saúde pelas seguradoras.

Note-se que só seguindo esta interpretação será legítimo aos Estados-Membros legislar de forma mais permissiva que o RGPD. Caso não se considere que o RGPD está a autorizar os Estados-Membros nesse sentido, não seria possível

⁵⁸ Cf. Parecer n.º 20/2018 da Comissão Nacional de Proteção de Dados, Processo n.º 6275/2018, pp. 37 e 38.

⁵⁹ *Idem*, p. 38.

⁶⁰ Cf. FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *op. cit.*, p. 120.

⁶¹ Sublinhado nosso.

retirar semelhante conclusão, por problemas de interpretação uniforme e conforme ao Direito Europeu⁶².

Não se pode negar que uma intervenção do legislador neste sentido permitirá às seguradoras prosseguir com o tratamento de dados de forma mais segura, cientes de que existe uma fonte forte e inequívoca que legitima este mesmo tratamento.

A este propósito, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, propõe que seja criada legislação nacional específica em matéria de seguros e que esta seja incluída e enquadrada na Lei do Contrato de Seguro⁶³. Opção com a qual não discordamos.

13. A Lei de Execução Nacional

Num último momento, releva relembrar a Lei de Execução Nacional, mais especificamente, Lei 58/2019⁶⁴ de 8 de agosto.

Esta Lei vem assegurar a execução do RGPD na ordem jurídica nacional.

Apesar desta lei ter sido a oportunidade perfeita para o legislador nacional acabar com a ainda existente divergência doutrinária acerca da aplicação do artigo 9.º ao tratamento de dados de saúde pelas seguradoras, inexplicavelmente não o fez.

O legislador nacional pareceu ignorar não só a atual divergência doutrinária e insegurança jurídica que rodeia este tratamento de dados, como também os avisos e pareceres emitidos pela CNPD, que várias vezes se pronunciou e alertou para este problema, incentivando e apelando ao legislador nacional que intervisse, precisamente por considerar que o RGPD, por si só, não legitima este tratamento.

Repare-se, no entanto, que a Lei 58/2019 não tem nenhuma disposição que seja especificamente destinada às seguradoras e à sua atividade.

Acresce que a única referência feita a dados de saúde é a feita no artigo 29.º desta mesma lei que tem um texto e alcance completamente genérico, não abordando de forma alguma o problema que temos em mãos.

⁶² Cf. neste sentido, por exemplo, o Acórdão *Marleasing*, Acórdão do TJUE, Processo C-106/89, de 13 de novembro de 1990, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61989CJ0106>

⁶³ Cf. FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *op. cit.*, pp. 117 e 118.

⁶⁴ Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/123815982/details/maximized>

O único número deste artigo que poderia relevar, seria o n.º 1, que refere que “*nos tratamentos de dados de saúde e de dados genéticos, o acesso a dados pessoais rege-se pelo princípio da necessidade de conhecer a informação*”.

Ora, tal não é mais do que a consagração de um princípio de “*need to know basis*”⁶⁵, que nem sequer é uma novidade, não acrescentando nada ao Regulamento Europeu, pois tal já estava presente na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º do RGPD.

Ou seja, para além de um princípio completamente geral, o legislador não aproveitou esta oportunidade para legislar e resolver de modo definitivo o problema do tratamento de dados de saúde pelas seguradoras.

14. Conclusão

Após a análise feita, é seguro concluir que não existe nenhuma fonte que, de forma segura, clara e inequívoca, legitime o tratamento de dados pelas seguradoras.

De facto, como se pode observar, embora alguns Autores encontrem no RGPD fontes legitimadoras do tratamento de dados de saúde (alguns no consentimento, outros na alínea b), outros na alínea g), outros ainda na alínea h), todas do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD), não existe uma solução única, o que não se revelaria problemático se todas fossem soluções seguras.

O que se retira daqui é que, precisamente por terem posições diferentes, os vários Autores, argumentado a favor da posição que defendem e derrotando as posições e os argumentos defendidos por outros Autores, acabam todos (de forma conjunta) por apresentar excelentes argumentos contra todas as alíneas do n.º 2 do artigo 9.º passíveis de solucionar este problema.

Resta concluir que a única solução verdadeiramente segura e inequívoca, como já se teve oportunidade de dizer e demonstrar *supra*, é a da intervenção do legislador nacional, que venha legislar de forma clara sobre a questão de tratamento de dados pelas seguradoras.

Só é pena que não o tenha feito aquando da elaboração da Lei de Execução Nacional, Lei n.º 58/2019.

Resta, assim, esperar que o legislador volte a intervir a este nível, e que desta feita solucione de forma definitiva o problema que analisámos.

23 de janeiro de 2021

⁶⁵ Como bem refere Luís POÇAS, *O Impacto do RGPD no mercado segurador português...*, p. 202.

Bibliografia

- ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados à Luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Coimbra: Almeida, janeiro, 2020
- FILIPPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *O Regulamento de Proteção de Dados Pessoais (U2016/697) no Contexto dos Desafios da Actividade Seguradora – o caso particular dos seguros de saúde*, in: Revista Online, Banca, Bolsa e Seguros, N.º 3, Universidade de Coimbra, 2018
- Grupo de Trabalho do Artigo 29.º, orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, disponível em https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20180410_orientacoes_relativas_ao_consentimento_wp259_rev01
- KLAUS-DIETER BORCHARDT, *O ABD do Direito da União Europeia*, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011
- LUÍS POÇAS, *O Impacto do RGPD no mercado segurador português*, in: Revista jurídica de seguros, N.º 11 (Novembro de 2019), Rio de Janeiro: CNseg, novembro, 2019,
- LUÍS POÇAS, *Problemas e Dilemas do Setor Segurador: o RGPD e o Tratamento de Dados de Saúde*, in: Revista Online, Banca, Bolsa e Seguros, N.º 3, Universidade de Coimbra, 2018
- LUÍS POÇAS, *O RGPD e os Seguros – artigo de opinião* in: APS (Associação Portuguesa de Seguradores), pp 41– 44.
- MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, in: *Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2010
- PATRICIA CARDOSO DIAS, *Proteção de dados pessoais no contexto da pandemia provocada pelo novo coronavírus SARS-COV-2: aspetos ético-jurídicos relevantes da proteção de dados de saúde no âmbito da emergência de saúde pública*, in: Julgar Online, janeiro de 2021, disponível em <http://julgar.pt/protecao-de-dados-pessoais-no-contexto-da-pandemia-provocada-pelo-novo-coronavirus-sars-cov-2-aspetos-etico-juridicos-relevantes-da-protecao-de-dados-de-saude-no-ambito-da-emergencia-de-saude-publica/>
- Parecer n.º 20/2018 da Comissão Nacional de Proteção de Dados, Processo n.º 6275/2018, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e686279396a5a57593359544d794f4330325a44526c4c54526c4e546b74596a41304e4331694e54426d4f5449314d6a64684d7a45756347526d&fich=cef7a328-6d4e-4e59-b044-b50f92527a31.pdf&Inline=true>

A efetividade da prevenção do branqueamento de capitais por parte dos bancos

SOFIA INÊS VIDEIRA GOMES*

SUMÁRIO: I. Introdução: i. Desenvolvimento Histórico; ii. Evolução da Prevenção do Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo. II. Análise Conceptual: iii. Conceito de Branqueamento de Capitais; iv. Conceito de Financiamento do Terrorismo. III. A Prevenção do Branqueamento de Capitais: v. A Prevenção em Geral; vi. Deveres das Instituições de Crédito. IV. A Efetividade da Prevenção do branqueamento de Capitais por parte das Instituições de Crédito. V. Conclusão. Bibliografia.

I. Introdução**

O termo “Branqueamento”¹, teve origem nos EUA com o “*Money Laundering*”, este termo foi utilizado durante o período da chamada “Lei seca”, assim a “lavagem de dinheiro” na sua tradução literal para o português, dá o nome ao processo, pelo qual o dinheiro oriundo de atividades consideradas ilícitas, se consegue desvincular das suas origens, passando a ser reconhecido como proveniente de alguma atividade considerada legal. O problema do branqueamento de capitais ganhou importância em grande medida pela “abertura das

* Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. Jurista na Direção Jurídica, Compliance & Public Affairs na The Navigator Company.

** Siglas e abreviaturas: BCFT (Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo); IC (Instituições de Crédito); GAFI (Grupo de Ação Financeira); CP (Código Penal); ONU (Organização das Nações Unidas); KYC (*Know Your Customer*); BC (Branqueamento de Capitais); UIF (Unidade de Informação Financeira); ML (*Money Laundering*); STR (*Suspicious transaction report*).

¹ M. POIARES MADURO, “Conclusões do Advogado Geral”, processo C-305/05, apresentadas em 14 de dezembro de 2006.

economias ao exterior e da tendência para a mundialização da economia”¹. A verdade é que a abertura dos mercados financeiros é uma mais valia para as economias internas de cada Estado, mas a sua interligação faz com que seja difícil a deteção do branqueamento de capitais, uma vez que o dinheiro circula por várias entidades financeiras e várias instituições de crédito, assim a abertura das economias pode ser posta em causa se não for possível combater eficazmente o branqueamento de capitais.

Para além da abertura das economias os mais recentes atentados terroristas fez com que a prevenção do branqueamento de capitais fosse uma prioridade a nível de legislação interna como internacional, tal como vai sendo mencionado mais à frente neste trabalho, o atentado do dia 11 de Setembro de 2001, foi o acontecimento impulsionador da criação de várias normas legislativas com o objetivo de criminalizar e prevenir o Branqueamento de Capitais e o Financiamento do Terrorismo. Em primeiro lugar há que mencionar a origem de Branqueamento de Capitais a nível penal. A nível nacional o fenómeno do Branqueamento de Capitais e o Financiamento do Terrorismo está previsto no artigo 368.º-A do CP português, sob a epígrafe “branqueamento”².

A nível internacional, Pedro Caeiro³ refere que o Direito Internacional Penal é uma “forma qualificada” de Direito Penal Transnacional porque prevê apenas os crimes que põem em causa a paz e segurança da humanidade, tal como o genocídio, agressão, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e a tortura, que são crimes penalizados por normas de aplicação imediata

¹ Acórdão de 11/06/2014, processo 14/07.0TRLSB.S1.

² Artigo 368.º-A Branqueamento

1. Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens da prática, sob qualquer forma de comparticipação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influencia, corrupção e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, assim como os bens que com eles se obtenham.

2. Quem converter, transferi, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiros, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos.

³ I. M. F. BRANCO, *Medidas de Combate ao Branqueamento de Capitais, Financiamento do Terrorismo e o Dever de “Comunicação” Imposto aos Advogados: Violação do Segredo Profissional?*, Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 2015, p. 3, nota de rodapé 1.

e direta tanto pelos Tribunais nacionais como pelos Tribunais internacionais, ainda que os Estados não prevejam na sua legislação interna os crimes protegidos pelo Direito Internacional Penal. Porém segundo Neil Boister⁴ o Direito Penal Transnacional abarca fenómenos criminais que transcendem as fronteiras e que violam as leis de vários Estados ou que têm impacto noutro país. Assim, segundo este último autor o crime de Branqueamento de Capitais e o Financiamento do Terrorismo é também ele um crime protegido pelo Direito Penal Transnacional.

A nível do direito bancário o Branqueamento de Capitais e o Financiamento de Capitais é altamente preocupante, sendo o objeto central do trabalho debater as problemáticas do fenómeno do BCFT no direito bancário e as consequências para as instituições de crédito e em concreto debatarei o tema sobre a efetividade da prevenção do Branqueamento de Capitais e o Financiamento do Terrorismo, apresentando um debate contrapondo por um lado a eficácia da prevenção do Branqueamento de Capitais por parte das Instituições de Crédito, mas com um olhar crítico perante as exigências que recaem sobre estas instituições. O tema em si é complexo uma vez que o BCFT é muito abrangente podendo ser olhado de várias perspetivas, regimes estes com naturezas muito díspares que vão desde Diretivas da União Europeia até avisos do Banco de Portugal⁵. Assim começarei por abordar o tema “Prevenção do Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo”, com uma breve apresentação histórica, passando de seguida por realizar a sua análise conceptual, apresentando de seguida os vários deveres que as Instituições de Crédito são obrigadas a cumprir com o fim de prevenir do BCFT e por último debater e tecer a minha opinião crítica sobre a afetividade da prevenção do BCFT por parte das Instituições de Crédito.

⁴ NEIL BOISTER, “*Transnational Criminal Law?*”, *International society’s concern with the upsurge in certain kinds of criminal activities within a state is considered legitimate because of the fear that these activities will have a knock-on effect in other states. At its simplest, then, transnational concern. The issue explored here is whether a coherent “judicial match” can be found to complement transnational crime. “Transnational Criminal Law” conjoins transnational crime with Jessup’s term “Transnational Law”. Jessup used “Transnational Law” to describe “all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. The implication of his use of transnational was that cross-border relations of a legal kind involve international and national elements that do not fit within the traditional divisions.*

⁵ MIGUEL DA CÂMARA MACHADO, *Estudos de Direito Bancário 4G na Prevenção do Branqueamento de Capitais: Problemas, Paradoxos e Principais Deveres*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 80.

i. *Desenvolvimento Histórico*

A expressão inglesa “*Money Laundering*”⁶ surgiu como expressão utilizada quando o dinheiro adquirido tem origem ilegal, é por isso sujo, necessitando de ser “lavado”, branqueado.

Para sabermos a origem desta expressão é necessário recuar ao ano de 1928 nos EUA, mais concretamente na cidade de Chicago, onde o conhecido *gangster* italo-americano AL Capone comprou uma cadeia de lavandarias para ocultar a origem ilegal do dinheiro obtido pelo comércio de bebidas alcoólicas interditas pela Lei *Volstead*, mais conhecida pela “Lei Seca”, bem como outras atividades criminosas, tais como, o jogo, a extorsão e a exploração da prostituição.

Esta cadeia de lavandaria permitia que Al Capone deposita-se notas de baixo valor, não levantando suspeitas à verdadeira origem do dinheiro.

ii. *Evolução da Prevenção do Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo*

O tema da prevenção do BCFT surgiu a partir dos anos oitenta e noventa, sendo considerado como um problema social de carácter internacional uma vez que o seu relevo jurídico surge no contexto de reação aos crimes como tráfico de drogas tendo evoluindo e alargando o seu “catálogo de crimes”⁷ a que o crime de branqueamento de capitais está tipicamente associado. Este relevo jurídico é observado aquando da Convenção de Viena⁸, em 1988, sendo de seguida inserido em vários instrumentos internacionais que exigiram a sua criminalização. Após este combate inicial foi possível criar os regimes de prevenção modernos, que inicialmente se focavam no combate contra o tráfico de droga e que atualmente se focam na luta contra o terrorismo. Existem, assim “quatro gerações”⁹ de regimes de prevenção, os quais passarei a elencar por ordem cronológica:

⁶ F. R. M. SALGADO, *Branqueamento de Capitais: uma análise empírica*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 3.

⁷ MIGUEL DA CÂMARA MACHADO, ob. cit., p. 81.

⁸ BENJA SATULA, *Branqueamento de Capitais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, Capítulo II, pp. 50-51.

⁹ MIGUEL DA CÂMARA MACHADO, ob. cit., pp. 104-115.

- Primeira Geração (a droga)

Esta primeira geração de prevenção do BCFT, teve em Portugal as suas primeiras manifestações no final dos anos oitenta, inícios dos anos noventa, numa tentativa de combate ao tráfico de droga.

Estas medidas surgem depois das recomendações do Grupo de Ação Financeira datadas de 1990. Nessa época foram feitas as “quarenta recomendações” do GAFI que podemos considerar ainda hoje a base dos modernos regimes de prevenção”.

- Segunda Geração (o terrorismo)

Após o 11 de Setembro de 2001, o mandato do GAFI, foi alargado, em consequência do ataque terrorista, assim a 10 de Outubro de 2001 foram emitidas “recomendações especiais sobre financiamento do terrorismo”. A nível normativo com base nos acontecimentos descritos surge a Diretiva n.º 2001/97/CE do Parlamento e do Conselho, que foi transposta para a Lei n.º 11/2004, a chamada “Lei da Prevenção do Branqueamento” que antecedeu a que atualmente vigora em Portugal¹⁰, a Lei n.º 83/2017. Este primeiro grande instrumento normativo foi fundamental para a criação do esqueleto de deveres das entidades de crédito para efetuarem uma concreta prevenção ao BCFT, deveres esses que serão identificados mais à frente.

- Terceira Geração (o terrorismo e a criminalidade internacional)

Podemos considerar que o regime atual é de “terceira geração”.

- Quarta Geração (a corrupção e os crimes fiscais)

A quarta e última geração tem como principal fonte normativa a Diretiva 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo, que “não veio trazer tantas novidades como as que a precederam”¹¹.

¹⁰ Sobre esta lei e para um enquadramento da “segunda geração”, veja-se, por exemplo, JORGE DIAS DUARTE, “Lei n.º 11/2004, de 27 de Março: o novo crime de branqueamento de capitais, consagrado no artigo 368.º-A do Código Penal”, *Revista do Ministério Público*, a. 25, n.º 98 (abril-junho 2004), pp. 129-144; VITALINO CANAS, *O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Representação*, Coimbra, Almedina, 2004, ou GERMANO MARQUES DA SILVA, “Notas Sobre Branqueamento de Capitais em Especial das Vantagens Provenientes da Fraude Fiscal”, in *Prof. Doutor Inocência Galvão Teles: 90 anos: Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa* (coord. António Menezes Cordeiro), Coimbra, Almedina, 2007, pp. 451-474.

¹¹ Sobre esta Diretiva, ver desde logo, EMANUELE FISICARO, “La Propuesta de la Cuarta Directiva de la EU y las Recomendaciones GAFI”, in AA.VV., IV “*Congreso Internacional sobre Prevención y Repre-*

Como nota final apresentarei mais em detalhe a função do Grupo de Ação Financeira (GAFI)¹², dada a sua importância na prevenção do BCFT. Este grupo é um organismo intergovernamental criado em 1989 pelos Ministros das jurisdições e países membros da União Europeia, os designados como G7. O seu objetivo consiste em estabelecer normas e fomentar a implementação de medidas legais para o combate ao branqueamento, tendo como fio condutor para prevenir o branqueamento.

Logo no início dos anos noventa houve 40 recomendações internacionais, e a seguir ao 11 de setembro de 2001, foram feitas mais 9 recomendações especiais, relativamente ao terrorismo.

Estas recomendações e as que se seguiram e seguirão estabelecem o padrão consistente de medidas que os países devem ou deveriam implementar de modo a combater o branqueamento de capitais e o Financiamento do Terrorismo.

II. Análise Conceptual

iii. *Conceito de Branqueamento de Capitais*

O Branqueamento de Capitais é o processo pelo qual se convertem proventos obtidos de forma ilícita em capitais lícitos, isto é, o processo pelo qual se oculta ou dissimula a origem e a titularidade desses mesmos capitais. Mais à frente irei expor as várias fases deste processo para melhor entendimento do leitor.

Esta prática constitui um crime, crime esse punível com uma pena de prisão de 2 a 12 anos, de acordo com o artigo 368.º-A do CP¹³.

A nível conceptual o crime de Branqueamento de Capitais pode ser definido sob vários ângulos, no entanto a maioria dos países, tal como descrito em Schott¹⁴, partilham a definição adotada pela Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas datada de

sión del Blanqueo de Dinero” (coord: Miguel Abel Souto, Nilson Sánchez Stewart), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 61-78.

¹² Cf. OCDE/GAFI, *As Recomendações do GAFI – Padrões Internacionais de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação*, 2012.

¹³ Cf. <http://www.bportugal.pt/PTPTSUPERVISAO/SUPERVISAOPRUDENCIAL/BRANQUEAMENTO CAPITAISFINANCIAMENTOTERRORISMO/Paginas/branqueamentodecapitais.aspx>

¹⁴ PAUL ALLAN SCHOTT, *Guia de Referência Anti Branqueamento de Capitais e de Combate ao Financiamento do Terrorismo*, Banco Mundial, 2004, pp. 1-2/1-3.

1988 e pela Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional datada de 2000.

Para estas Convenções o Branqueamento de Capitais é:

- A conversão ou transferência de bens, quando o autor tem o conhecimento de que esses bens são provenientes de qualquer infração ou infrações (de tráfico de droga) ou da participação nessa ou nessas infrações, com o objetivo de ocultar ou dissimular a origem ilícita desses bens ou de ajudar qualquer pessoa envolvida na prática dessa ou dessas infrações a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos;
- A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade de bens ou direitos a eles relativos, com o conhecimento de que provêm de uma infração ou da participação nessa ou nessas infrações.
- A aquisição, a detenção ou a utilização de bens, com o conhecimento, no momento da sua reação, de que provêm de qualquer infração ou infrações ou da participação nessa ou nessas infrações.
- A aquisição, a detenção ou a utilização de bens, com o conhecimento, no momento da sua recepção, de que provêm de qualquer infração ou infrações ou da participação nessa ou nessas infrações.
- O GAFI define o “Branqueamento de Capitais”¹⁵ como o processamento de produtos do crime tendo como objetivo o de dissimular a sua origem e de legitimar os ganhos ilícitos.

Para Benja Satula¹⁶, a globalização da economia mundial e dos mercados trouxe um crescente fluxo comercial e financeiro, permitindo assim, não só o crescimento das empresas como também a potenciação da atividade criminosas. Paralelamente, a evolução das tecnologias tornou cada vez mais sofisticadas e complexas as formas utilizadas para a prática do crime de branqueamento de capitais, através de métodos para converter, transferir ou dissimular bens ou produtos gerados por atividades criminosas.

Para melhor se entender os “métodos” a que se refere Benja Satula é preciso falar e esquematizar quais as etapas que levam à chamada “lavagem de dinheiro”¹⁷.

¹⁵ Ver <http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/#d.en.11223>

¹⁶ BENJA SATULA, ob. cit., pp. 24-25.

¹⁷ I. M. F. BRANCO, ob. cit..

A primeira etapa é designada por colação, que consiste em grosso modo na colocação do dinheiro de proveniência ilícita no sistema económico, geralmente através de uma instituição financeira, ou com a aquisição de bens, ou a criação de empresas fictícias. A colação feita através de uma instituição de crédito tem por norma a forma de depósito em numerário ou compra de instrumentos financeiros. Estas movimentações têm, normalmente, como cenário, países com sistemas financeiros mais fragilizados e/ou permissíveis.

A segunda etapa consiste na transformação, o objetivo nesta fase é a de movimentar o dinheiro, desenvolvendo um esquema complexo e transações financeiras, dentro da mesma instituição de crédito ou para outra instituição de outro país (como por exemplo países offshore) ou não, com a finalidade de dificultar a investigação e dificultar a descoberta da origem do dinheiro obtido sob formas ilícitas.

A terceira e última etapa, a chamada de integração, o dinheiro ilícito é inserido num ambiente financeiro respeitável, adquirindo um “status” de proveniência legítima. Nesta etapa as movimentações mais utilizadas, para “legitimar” a providência do dinheiro, são a compra de imóveis, valores mobiliários e ativos financeiros, participações no capital social de empresas e aquisição de artigos de luxo, como por exemplo obras de arte.

Para ajudar na compreensão destas etapas e como são efetivamente transpostas para a realidade do crime de Branqueamento de Capitais, transponho nesse sentido, um caso prático que servirá como exemplo¹⁸ de como uma empresa poderá tentar praticar este crime.

Assim, a empresa ZZ, S.A, prestigiada no setor imobiliário, pertence a uma sociedade composta por vários membros de uma família de cidadãos estrangeiros. Há 5 anos, alguns elementos desta sociedade abriram contas no Banco YY tendo recebido a partir dessa altura vários depósitos sob a forma de cheques e numerário que perfaziam um total de 3.500 euros. Estes valores foram todos transferidos para uma só conta do referido banco, a conta X, e posteriormente foram transferidos para outra conta num outro país. O Banco questionou o cliente, e o mesmo informou que tal dinheiro se destinava à compra de imóveis nesse outro país. Decorridos alguns meses, o valor transferido regressa à conta X sob a forma de outra moeda. Três dias depois é transferido sob a forma de outra moeda para uma conta de um outro país titulada por um indivíduo que aparentemente não tem qualquer relação com a sociedade nem com o negócio.

¹⁸ Estudos de caso em EMILE VAN DER DOES DE EILLEBOIS e outros, “*How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to do About it*”, *The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank*, 2011, pp. 171-212.

Perante o cenário apresentado e dadas as evidências, o *Banco YY* comunica as suspeitas às entidades responsáveis e competentes, estando prontamente disponível para colaborar.

Ciclo dinâmico do branqueamento, com vista à ocultação dos capitais através das etapas já mencionadas¹⁹.

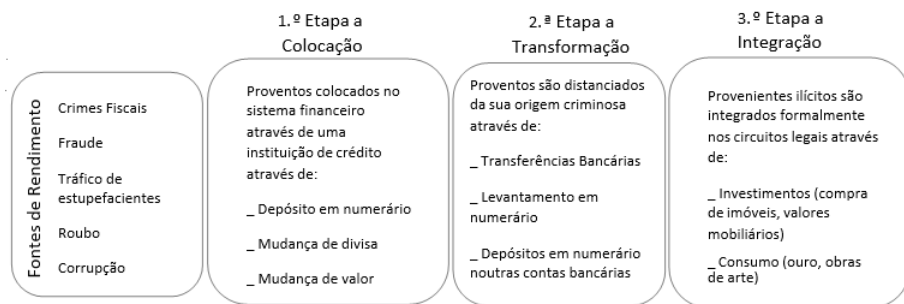


FIGURA 1 – Esquema Genérico do Branqueamento de Capitais

Fonte: Manual do IFB, 2009

iv. *Conceito de Financiamento do Terrorismo*

Não basta definir o que é o Branqueamento de Capitais, para perceber a sua problemática é necessário definir e esclarecer o conceito de Financiamento do Terrorismo, uma vez que atualmente as duas figuras se interliguem e para além disso os ataques terroristas são o problema da atualidade, pelo que surgem nos sistemas jurídicos e na União Europeia cada vez mais preocupações no sentido de combater este problema.

Segundo a Resolução da Assembleia da República n.º 51/2002, e de acordo com o disposto no artigo 2.º, 1 e 3, da Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo de 1999 da ONU²⁰, pode ter-se a seguinte definição de financiamento:

1. Comete uma infração, nos termos da presente Convenção, quem, por quaisquer meios, direta ou indiretamente, ilegal e deliberadamente, fornecer ou reunir fundos com a intenção de serem utilizados ou sabendo que serão utilizados, total ou parcialmente, tendo em vista a prática:

¹⁹ JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, “Do Crime de “Branqueamento” de Capitais _ Introdução e Tipicidade”, Almedina, Coimbra, 2001, Manual do Curso *e-Learning* em “*Ant-Money Laundering e Counter-Terrorism Financing*, IFB”, 2009.

²⁰ F. R. M. SALGADO, ob. cit., p. 16.

- a) De um ato que constitua uma infração compreendida no âmbito de um dos tratados enumerados no anexo e tal como aí definida; ou
- b) De qualquer outro ato destinado a causar a morte ou ferimentos corporais graves num civil ou qualquer pessoa que não participe diretamente nas hostilidades numa situação de conflito armado, sempre que o objetivo desse ato, devido à sua natureza ou contexto, vise intimidar uma população ou obrigar um governo ou uma organização internacional a praticar ou abster-se de praticar qualquer ato.

2. Para que um ato constitua uma infração previstas no n.º 1, não é necessário que os fundos tenham sido efetivamente utilizados para cometer a infração contemplada nas alíneas 2) ou b) do n.º 1.

Por outro lado e tendo em conta a Lei n.º 53/2003 de 22 de Agosto, o terrorismo corresponde à prática de crimes que são suscetíveis de afetar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar, com a intenção de prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado ou de uma organização pública nacional, forçar a autoridade pública a praticar um ato ou abster-se de o praticar, intimidar pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral. Neste contexto define-se o financiamento do terrorismo como fornecimento, recolha ou detenção de fundos/bens/produtos/direitos suscetíveis de serem transformados em fundos para atividades terroristas.

Neste ponto do trabalho é necessário questionar afinal qual a relação entre o branqueamento de capitais e o financiamento de capitais e para tal exponho neste trabalho a posição de Schott (2004)²¹.

Este autor expõe que, ambas as figuras de branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo possuem técnicas similares no que toca à ocultação e dissimulação das origens e fins, independentemente das origens dos fundos, ilícitas ou lícitas, é crucial dissimular a fonte do financiamento do terrorismo.

É devido a esta estreita semelhança que existe um maior esforço de prevenção de branqueamento de capitais, uma vez que essas medidas não irão prevenir apenas o crime de branqueamento de capitais estas irão prevenir também o financiamento do terrorismo, o que nos dias de hoje é uma matéria fundamental com o crescente número de atentados que se têm testemunhando nos recentes anos.

No entanto existem diferenças entre os dois crimes uma delas é o facto de no caso do crime de branqueamento de capitais a origem dos seus fundos

²¹ PAUL ALLAN SCHOTT, ob. cit., pp. 1-2/1-3.

é sempre ilícita, no entanto no financiamento do terrorismo os seus fundos podem ter origem ilícita ou lícita, como por exemplo doação a organizações ou fundações que as utilizam para apoiar atividades ou organizações terroristas.

Para além do já mencionado, o financiamento do terrorismo diferencia-se do branqueamento de capitais na última etapa, a etapa da integração, mencionada e explicada no capítulo anterior. Ora, no caso do branqueamento de capitais como última etapa os fundos de origem ilícita são integrados nos circuitos legítimos, no caso do financiamento do terrorismo os fundos de origem ilícita ou lícita, são distribuídos pelos terroristas e pelas entidades que os apoiam.

Assim esquematicamente as etapas do Financiamento do Terrorismo são as seguintes:

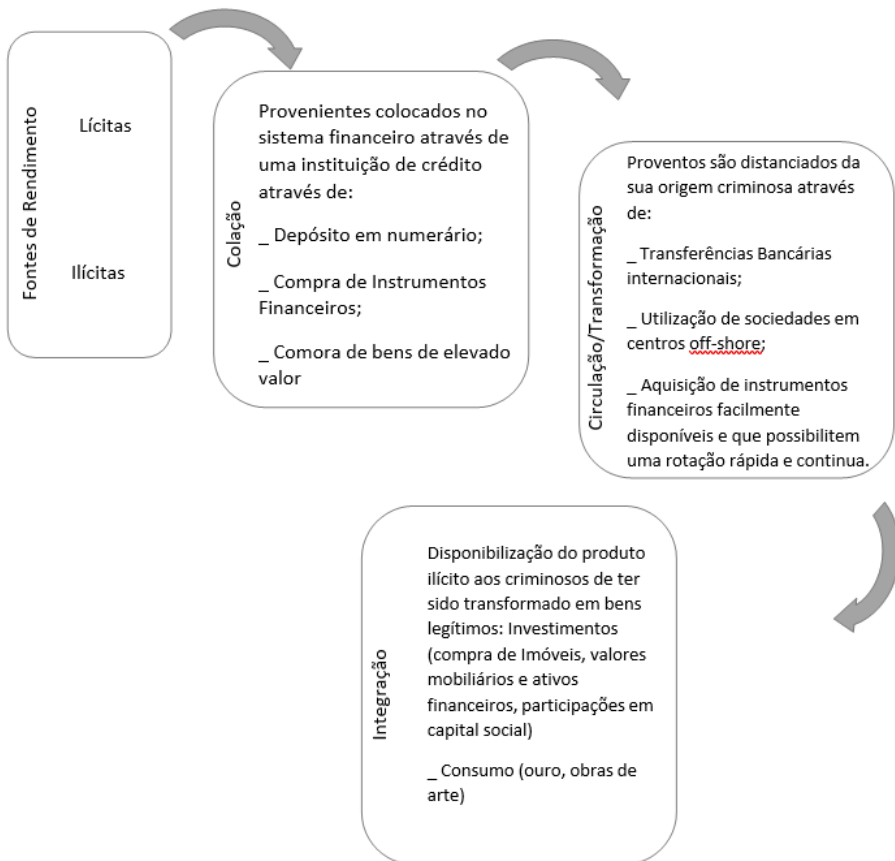


FIGURA 2 - Esquema Genérico do Financiamento do Terrorismo

Fonte: Manual do IFB, 2009

III. A Prevenção do Branqueamento de Capitais

v. *A prevenção em geral*

Até ao momento tenho-me focado em apresentar o que é o branqueamento de capitais uma vez que acho fundamental apresentar primeiro a sua definição para depois desenvolver a sua problemática. Ora neste capítulo será iniciado o desenvolvimento dessa mesma problemática começando por falar na prevenção de BCFT, tal como referido nos capítulos anteriores as políticas nacionais e europeias focaram os seus esforços numa tentativa de prevenção destes crimes. Estará a ser uma tentativa bem-sucedida?

Bem, quanto a esta pergunta irei debater num capítulo mais à frente, mas para iniciar o debate será necessário referir que parte das políticas de combate ao branqueamento têm assentado na prevenção “da instrumentalização do sistema bancário”²², ora quer isto dizer que, as políticas de prevenção têm o seu foco numa maior pressão sobre as instituições de crédito, para que estas sejam mais criteriosas e que criem equipas especializadas que foquem o seu escopo de trabalho na análise do risco da sua instituição ser utilizada como meio de concretizar o crime de BCFT.

Ora este nível de interesse das instituições de crédito é compreendida uma vez que estamos a falar na “questão da responsabilidade penal das instituições”²³ de crédito porque, o sistema bancário é simultaneamente, um elemento fundamental no circuito do branqueamento e no sistema preventivo ilícito.

Ora para que as instituições possam efetivamente realizar uma política preventiva contra o Branqueamento de Capitais, foi necessário criar um pacote de deveres que estas são obrigadas a cumprir.

vi. *Deveres das Instituições de Crédito*

Tal como foi mencionado no capítulo anterior as instituições de crédito devem cumprir uma lista de deveres como forma de combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo (Lei n.º 25/2008 com nova redação do DL n.º 317/2009 de 30 de Outubro), estes deveres seguem

²² MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA MENDES, *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 304.

²³ MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA MENDES, *ob. cit.*, pp. 308.

políticas de KYC²⁴. Esta lista de deveres resulta da “bíblia”²⁵ nacional anti BCFT composta não só pela já mencionada Lei n.º 83/2017 como também pelo aviso do Banco de Portugal n.º 2/2018.

Como mencionado as instituições de crédito têm de cumprir com um leque de deveres como forma de prevenção ao BCFT com o objetivo último de combater estes crimes.

Assim, será necessário elencar os vários deveres imputados às instituições de crédito como forma de perceber se estes deveres são de veras eficazes no seu objetivo ou se pelo contrário não passam de medidas falhadas. Pelo que os deveres são os seguintes:

- dever de identificação²⁶

Este dever exige, tal como o nome indica, a verificação da identificação dos clientes, dos seus representantes e dos seus beneficiários efetivos²⁷.

No início da relação de negócio, isto é, na abertura de conta este dever, deve ser cumprido. Além disso, no decorrer da relação banco–cliente o dever de identificação, deve ser cumprido sempre que, ocorram as seguintes situações:

- Antes da realização de qualquer transação ocasional de montante igual ou superior a 15.000 euros (única ou não);
- Quando se suspeite que a operação possa estar relacionada com os crimes de Branqueamento ou de Financiamento do Terrorismo;
- Quando os dados de identificação dos clientes suscitem dúvidas quanto à sua veracidade/adequação;
- Quando o cliente for uma pessoa coletiva/centro de interesse coletivos ou sempre que haja conhecimento/suspeita de que um cliente não atua por conta própria: exigir informação sobre a identificação do (o) beneficiário (s).

No que respeita às operações realizadas à distância, ou seja quando o cliente ou seu representante não estejam presentes fisicamente, o dever de identificar é sempre exigido.

²⁴ Este enquadramento reforça a consagração dos deveres de identificação, comunicação, cooperação, diligência, segredo e define pessoas politicamente expostas PP.

²⁵ MARIA FERNANDA PALMA/AUGUSTO SILVA DIAS/PAULO DE SOUSA MENDES, ob. cit., p. 310.

²⁶ NUNO BRANDÃO, *Branqueamento de Capitais: Sistema Comunitário de Prevenção*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 34-38.

²⁷ Autoridade de Controlo Prudencial, “*Lignes Directrices sur les Bénéficiaires Effectifs: Document de Nature Explicative*”, Banco de França, 2011.

- O Dever de Diligência

Este dever corresponde a um procedimento contínuo de acompanhamento dos clientes/transações que ajudam a prevenir o branqueamento de capitais. Neste âmbito, as instituições de crédito devem:

- Sempre que o cliente for uma pessoa coletiva ou um centro coletivo sem personalidade jurídica, as instituições de crédito têm de adotar medidas adequadas para compreender a estrutura da propriedade e do controlo do cliente;
- Obter informação sobre a finalidade e a natureza pretendida da relação de negócio;
- Obter informação sobre a origem e o destino dos fundos movimentados no âmbito de uma relação de negócio ou na realização de uma transação ocasional, quando o perfil de risco do cliente ou as características da operação o justifiquem;
- Manter um acompanhamento contínuo da relação de negócio, a fim de assegurar que as transações são consentâneas com o conhecimento que a entidade tem das atividades e do perfil de risco do cliente;
- Manter a atualização dos elementos de identificação obtidos no decurso da relação de negócio.

Sempre que existam operações realizadas à distância com anonimato do cliente, operações efetuadas com pessoas politicamente expostas que residam fora de Portugal, transações de correspondência bancárias com outras instituições de crédito estabelecidas em países terceiros e operações designadas pelas autoridades de supervisão/fiscalização, o dever de Diligência tem de ser reforçado.

Contudo, as instituições de crédito estão dispensadas do cumprimento dos Deveres de Identificação e de Diligência quando o cliente é:

- Uma entidade financeira em qualquer Estado-Membro da União Europeia;
- Uma entidade financeira estabelecida num país terceiro equivalente (país com regime equivalente ao nacional em matéria de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo e de supervisão desses deveres);
- Uma sociedade cotada, cujos valores mobiliários tenham sido admitidos à negociação num mercado regulamentado em qualquer Estado-Membro da União Europeia;

- Uma sociedade cotada em mercados de países terceiros que têm requisitos de divulgação de informação equivalentes aos exigidos pela legislação comunitária;
- O estado, as regiões autónomas ou as autarquias locais ou uma pessoa coletiva de direito público, integrada na administração central, regional ou local;
- Uma autoridade ou organismo público sujeito a práticas contabilísticas transparentes e objeto de fiscalização;
- A entidade que presta serviços postais ou o Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, IP.

- Dever de Recusa

As instituições de crédito podem recusar pedidos feitos pelos clientes. Está-se, pois perante o dever de recusa. Os pedidos a recusar podem ser a abertura de uma conta bancária, a realização de uma qualquer operação em conta bancária e realização de uma transação ocasional. Claro está, que para recusar têm que existir razões para tal. Deste modo, a instituição de crédito pode recusar um pedido quando o cliente não apresenta os seus elementos de identificação, do seu representante ou do beneficiário efetivo e/ou se não for fornecida informação quanto à estrutura de propriedade e controlo do cliente, à finalidade do negócio e à origem e destino dos fundos.

- Dever de exame²⁸

Este dever recai sobre a palavra examinar. Neste sentido, compete à instituição de crédito examinar, de acordo com a experiência profissional, qualquer conduta, atividade ou operação cujos elementos caracterizadores a tomem particularmente suscetível de poder estar relacionada com o BC. Neste âmbito há que ter em consideração a natureza, finalidade, frequência, complexidade da conduta, atividade ou operação e dos seus intervenientes, a verificação de um objeto económico e um lícito associado a tal, a justificação do montante, origem e destino de fundos, os meios de pagamento utilizados.

- Dever de Conservação

Os documentos adjacentes às operações realizadas e ao cumprimento dos deveres de identificação e diligência devem ser conservados. O período de conservação para o primeiro caso é sete anos a contar da data da sua execução,

²⁸ NUNO BRANDÃO, ob. cit., pp. 38-49.

para o segundo, é sete anos após o momento da identificação ou após o termo da relação do negócio.

- Dever de Comunicação

Conforme supra, sempre que a IC saiba ou suspeite que ocorreu, está em curso ou foi tentada uma operação de BC deve denunciar de imediato a mesma ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira.

- Dever de Colaboração

O dever de colaboração implica que se o Ministério Público ou a UIF pedirem alguma informação a uma instituição de crédito, esta tem de responder, e a resposta tem de ser rápida e possível através, de sistemas internos céleres e eficazes.

- Dever de Sigilo

As instituições de crédito, bem como os membros dos respetivos órgãos sociais, os que nelas exerçam funções de direção, de gerência ou de chefia, os seus empregados, os seus mandatários e outras pessoas que lhes prestem serviço a título permanente, temporário ou ocasional, não podem revelar ao cliente ou a terceiros que comunicaram uma operação suspeita ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira, ou que se encontra em curso uma investigação criminal.

- Dever de Controlo

As instituições de crédito devem definir e aplicar políticas e procedimentos internos que sejam adequados ao cumprimento dos deveres previstos na lei de combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo, nomeadamente nas matérias de controlo interno, avaliação e gestão de risco, e auditoria interna.

Adoção de medidas para que os dirigentes e empregados da instituição de crédito cujas funções sejam relevantes para efeitos da prevenção do Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo.

- Dever de Abstenção

Sempre que a instituição de crédito saiba ou suspeite que uma operação está relacionada com a prática de BC deve abster-se de executar tal operação e informar de imediato a sua abstenção ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira.

IV. A Efetividade²⁹ da Prevenção do Branqueamento de Capitais por parte das Instituições de Crédito

As instituições de crédito, tal como podemos constatar pelos capítulos anteriores detêm um papel fundamental na prevenção do crime de Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo, não só devido à sua participação nas etapas de circulação tanto no branqueamento de capitais tal como no financiamento do terrorismo, mas também devido aos seus deveres preventivos.

Ora pergunta-se se estas medidas traduzem de facto uma diminuição do crime de BCFT, ou se pelo contrario estas medidas tornam as Instituições de Crédito, lentas e desorganizadas, uma vez que têm que cumprir as exigências não só de medidas nacionais, como Avisos do Banco de Portugal, e a Lei n.º 83/2017 e diversas diretivas da União Europeia, tal como por exemplo a Diretiva 2018/843 do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Maio de 2018, que diz respeito à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de Branqueamento de Capitais ou de Financiamento do Terrorismo.

As Instituições de Crédito para cumprirem com todas as exigências que lhes são impostas são obrigadas a investir em equipas especializadas no controlo e de análise de toda a informação fornecida pelos seus clientes.

Os seus funcionários passam a ser investigadores, policias³⁰ tentando encontrar anomalias que demonstrem a existência de um crime de BCFT. Ora, para tal é necessário investir na formação dos seus funcionários e uma vez que é exigida às instituições de Crédito celeridade no tratamento de informação e de divulgação da mesma Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira, uma possível suspeita de crime de BCFT, é possível que esta exigência de brevidade cause um defeito de tratamento de informação. As IC estão, assim sempre sob pressão para cumprir com os seus deveres de prevenção criando uma situação de tensão entre IC, os seus clientes que também esperam por uma resposta célere e os funcionários os quais lhes é exigido formação acrescida.

Como forma de perceber se Portugal tem um enquadramento legal ajustado à realidade do crime de BCFT, irei comparar os dados relativos a este crime com dados de outros estados membros da União Europeia.

Esta comparação e análise crítica terá como base dados reais e oficiais, nunca esquecendo que na comparação a realidade individual de cada país não pode ser esquecida, uma vez que nunca se pode fazer uma comparação direta dos números apresentados não se apresentam numa relação per-capita.

²⁹ MIGUEL DA CÂMARA MACHADO, ob. cit., p. 94.

³⁰ MIGUEL DA CÂMARA MACHADO, ob. cit., p. 94.

Porém esta comparação não deixa de ser fundamental para perceber se de facto todo o trabalho que é exigido às instituições de crédito, é eficaz ou se por outro lado, não seria melhor repensar em soluções mais eficazes e menos pesadas para as instituições de crédito.

Na figura 3 que se segue apresenta-se a análise da tabela de condenações pelo crime de Branqueamento de Capitais de acordo com dados do relatório do *Eurostat 2013*, esta apresentação irá ser útil para comparar com dados mais recentes obtidos pela consulta de base dados da GAFI.

Julgamentos por crime de Branqueamento de Capitais						
	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Bélgica		912	1166	937	1020	1259
Bulgária	320	274	337	401	521	480
Répubblica Checa	196	134	102	71	191	296
Dinamarca						
Alemanha	8241	10051	9080	7349	9046	11042
Estónia	159	358	397	282	742	1118
Irlanda						
Grécia						
Espanha	462	466	589	686	2144	2606
França						
Croácia			91	103	114	116
Itália						
Chipre						
Letónia	3942	4029	2996	3612	3378	6174
Lituânia	65	65	69	91	104	131
Luxemburgo	25	40	33	104	110	138
Hungria					1268	1674
Holanda	38481	34531	45656	54605	32100	29795
Austria						
Polónia	798	941	1168	996		
Portugal	200	272	378	300	188	240
Roménia	483	367	660	796	706	524
Eslovénia	32	37	69	63	65	55
Eslováquia			811	915	861	816
Finlândia	385	779	2548	1700	2702	3638
Suécia		300	462			
Reino Unido						
Islândia						
Liechtenstein	139	113	141	161	174	
Suíça	504	507	629	687	797	1002
Sérvia					61	72
Turquia						

 Período em que o País não pertence à União Europeia

FIGURA 3 – Julgamentos por Crimes de Branqueamento de Capitais

Fonte: Eurostat (2013)

Esta tabela será o ponto de partida para a nossa análise e perceber se de facto as medidas preventivas traduzem uma boa prestação das instituições de crédito e se com isso é possível alegar que Portugal cumpre com os padrões de eficiência na prevenção dos crimes de Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo.

Como se pode constatar, em 2010 Portugal julgou 240 crimes de Branqueamento de Capitais, este número é bastante inferior se comparado com a Holanda, a Alemanha, a Letónia ou até mesmo a Espanha, Portugal segundo a leitura da tabela da figura 1., detém um baixo valor de julgamentos quando comparados com vários países da União Europeia, pelo que se poderá retirar duas conclusões, a primeira é de as medidas preventivas serem altamente eficazes e que as instituições de crédito são eficazes em evitar a existência de branqueamento de capitais, e por isso não chegam a julgamento uma vez que com a prevenção não existe crime de Branqueamento de Capitais.

A segunda conclusão é de que o processo judicial em Portugal é deficitário em prestar a devida ação no que diz respeito ao julgamento do crime de Branqueamento de Capitais.

Ora, tendo em conta exposição passo a apresentar os dados mais recentes do portal do GAFI relativos ao ano de 2017³¹. Segundo este relatório de Dezembro de 2017 relativo ao período compreendido entre 28 de Março a 13 de Abril de 2017, as autoridades portuguesas apresentam “*a high degree of commitment and capacity to investigate and prosecute ML cases*”³². Portugal apresenta assim, um bom resultado no congelamento de capitais na prevenção de Branqueamento de Capitais, a nível do setor financeiro a aplicação de medidas apropriadas na mitigação do risco de crime de Branqueamento de Capitais, segundo o relatório em análise assegura que são satisfatórias.

Segundo dados do relatório supra mencionado Portugal tem uma teia legal e institucional capaz de investigar combater crimes de BC, isto porque existe uma prioridade de investigação das comunicações de operações suspeitas realizadas à unidade de informação financeira, que faz parte dos deveres de comunicação e abstenção, já tratados neste trabalho.

³¹ GAFI, “*Anti-money Laundering and Counter-terrorist Financing Measures, Portugal, Mutual Evaluation Report*”, December 2017, p. Disponível em: file:///C:/Users/worten/Desktop/PG%20Direito%20Bancario/MER-Portugal- 2017%20IMP.pdf

³² GAFI “*Anti-money Laundering and Counter-terrorist Financing Measures, Portugal, Mutual Evaluation Report*”, December 2017, p. 7.

Tabela 1. Number of received STRs and conformed STRs by the FIU					
Year	2012	2013	2014	2015	2016
Received STRs	3 047	2 776	3 910	5 047	5 368
Confirmed STRs	512 (16%)	446 (16%)	439 (11%)	471 (9%)	299 (5.5%)

Adaptado de: GAFI e Autoridades Portuguesas

Tal como se pode constatar pela análise da tabela 1., as comunicações de operações suspeitas recebidas (*“received STRs”*) aumentaram nos últimos anos tendo o ano de 2013 reportado um baixo valor de comunicações o que pode explicar os dados da figura 3., analisada anteriormente. Apesar do valor das comunicações de operações suspeitas ser elevado por exemplo em 2015 e 2016, o valor de confirmação dessas comunicações são baixas, o que traduziu num valor de 9% e de 5.5% nos anos mencionados correspondentes. Estes valores podem indicar uma forte proteção do sistema financeiro, pelo que as entidades que realizaram as comunicações de operações suspeitas, tendem a ser altamente vigilantes e reportam todas as atividades.

Relacionadas com os valores de comunicações de operações suspeitas, é necessário analisar, o índice de investigações relacionadas com o crime de Branqueamento de Capitais apresentado por Portugal.

Tabela 2. ML investigations initiated by the PJ					
Year	2012	2013	2014	2015	2016
ML Investigations	60	92	77	115	123

Adaptado de: GAFI e Autoridades Portuguesas

Como se pode constatar o número de investigações do crime de Branqueamento de Capitais aumentou nos últimos anos, traduzindo assim, uma maior eficácia por parte das autoridades policiais portuguesas e uma maior cooperação entre as instituições com deveres de comunicação de operações suspeitas e as forças policiais.

Tabela 3. ML prosecutions and convictions				
Year	2012	2013	2014	2015
Number of ML cases (all ML criminal cases that have reached the trial stage)	13	20	24	26
Number of ML charges (number of ML indictments for all persons charged)	57	101	108	90
Number of ML convictions (number of proved ML crimes for all persons convicted)	29	43	31	34
Persons charged of ML (number of persons charged in MLcases)	35	70	68	47
Persons convicted of ML (number of persons convicted in MLcases)	19	36	19	14

Adaptado de: GAFI e Autoridades Portuguesas

No entanto segundo a tabela 3, apenas 26 casos de Branqueamento de Capitais chegaram à fase de julgamento. Um dos fatores que pode explicar este baixo número é o facto de grande parte dos casos de crime de Branqueamento de Capitais surgir num caso de crime de fraude fiscal. Por outro lado, tal como menciona o relatório em análise a discrepância entre os valores de investigação de comunicações de operações suspeitas e os valores de casos julgados, explica-se pela política legislativa prosseguida em Portugal que defende uma posição de prevenção do crime de Branqueamento de Capitais, pelo que não se chega a efetivar o crime de BC. Uma das principais ferramentas utilizadas na prevenção do BC é de “*freezing of suspicious transactions before a criminal investigation is opened*”³³, estamos perante dever de abstenção, a instituição de crédito tem o dever de abster-se à realização de qualquer operação que ache suspeita e reportá-la.

³³ GAFI “*Anti-money Laundering and Counter-terrorist Financing Measures, Portugal, Mutual Evaluation Report*”, December 2017, p. 61.

Tabela 4. Number and value of proposed transactions suspended (2012-2016)					
Year	2012	2013	2014	2015	2016
Number of transactions suspended	51	39	44	63	45
EUR (million)	16.8	20.0	34.4	47.1	23.9

Adaptado de: GAFI e Autoridades Portuguesas

Esta medida de congelamento de ativos é considerada pelo relatório como uma medida positiva e eficaz uma vez que permite uma atuação preventiva de BC. Em conclusão: Portugal *“has shown a good result in seizing assents in the earlier stage of ML investigations, ensuring that these assets do not disappear upon detection”*³⁴. Pelo que segundo o relatório do GAFI de Dezembro de 2017 Portugal *“has achieved a moderate level of effectiveness.”*³⁵

V. Conclusão

Como podemos observar com a leitura dos capítulos anteriores, as instituições de crédito detêm uma função fundamental na prevenção do Crime de Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo.

Esta função é desempenhada através de vários deveres impostos às IC, tal como se pode ver no capítulo III, subcapítulo V, para além deste leque de deveres as IC são altamente supervisionadas, têm de cumprir com os deveres estipulados, mas também têm de cumprir com os avisos do BdP e das diretivas da União Europeia, pelo que se coloca a seguinte questão, existirá de facto efetividade da prevenção do Branqueamento de Capitais?

Para responder a esta questão, é necessário elencar os argumentos expostos no capítulo anterior. Ora por um lado, existe a crítica de que os “funcionários e trabalhadores das IC atuam como verdadeiros polícias”³⁶ este comentário realizado por Miguel da Câmara Machado, na minha opinião faz sentido, uma vez que as instituições de crédito são obrigadas a contratar equipas especializadas para cumprirem com a função de prevenção do Branqueamento de Capitais,

³⁴ GAFI *“Anti-money Laundering and Counter-terrorist Financing Measures, Portugal, Mutual Evaluation Report”*, December 2017, p. 65.

³⁵ GAFI *“Anti-money Laundering and Counter-terrorist Financing Measures, Portugal, Mutual Evaluation Report”*, December 2017, p. 65.

³⁶ MIGUEL DA CÂMARA MACHADO, ob. cit., p. 94.

pelo que as instituições de crédito são obrigadas a investir dinheiro, tempo e formação nos seus funcionários e em equipas direcionadas para a prevenção do crime de Branqueamento de Capitais.

Esta dinâmica foge da dinâmica típica de um Banco, cujo objeto seria o de realizar contrato de crédito, porém atualmente, para além da sua função clássica as instituições de crédito são obrigadas a fomentar a prevenção de Branqueamento de Capitais e Financiamento do Terrorismo.

Esta nova dinâmica pode causar numa instituição de crédito, desorganização, lentidão dos seus serviços, pelo que se pode traduzir num custo elevado para a própria instituição, uma vez que tem de investir capital na formação contratação de funcionários focados na função de prevenção do crime de BCFT, e por outro lado tem de garantir que o seu negócio base, o de contratar crédito, não é prejudicada.

No entanto, tal como foi possível observar com a análise dos dados do último relatório realizado pelo GAFI, Portugal detém um bom resultado na prevenção de Branqueamento de Capitais, pelo que é possível concluir que as instituições de crédito demonstram sucesso na sua função preventiva.

No entanto julgo que a resposta à questão levantada anteriormente não pode ser respondida com uma simples resposta positiva. De facto segundo o relatório elaborado pelo GAFI, é possível concluir na eficiência da prevenção do crime de Branqueamento de Capitais por parte das IC, no entanto acho importante não esquecer que estes resultados são obtidos através de sacrifícios e gastos que as IC fazem diariamente para atingir estes resultados, pelo que julgo ser importante rever alguns dos deveres impostos as IC, uma vez que estas podem não conseguir a longo prazo continuar com a efetividade da prevenção de Branqueamento de Capitais e do Financiamento do Terrorismo, pois os custos podem ser demasiado elevados e com a crescente popularidade de determinados mercados em Portugal, como por exemplo o mercado imobiliário, pode levar a um maior risco de BCFT, pelo que as instituições de crédito podem ser obrigadas a reduzir o números de clientes, o que não é nunca o objetivo de uma instituição de crédito, ou de aumentar as suas equipas de prevenção, o que pode levar a custos que as próprias instituições de crédito não estejam dispostas a suportar, pelo que em última instância pode traduzir num enfraquecimento no cumprimento e eficácia dos deveres de prevenção.

VI. Bibliografia

AUTORIDADE DE CONTROLO PRUDENCIAL, *Lignes Directrices sur les Bénéficiaires Effectifs: Document de Nature Explicative*, Banco de França, 2011

- BRANCO, I.M.F. *Medidas de Combate ao Branqueamento de Capitais, Financiamento do Terrorismo e o Dever de Comunicação Imposto aos Advogados: violação do segredo profissional?*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015
- BRANDÃO, Nuno, *Branqueamento de Capitais: Sistema Comunitário de Prevenção*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
- DE FILLEBOIS, Emile Van der Does, *How the Corrupt Use of Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to do About it*, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2011
- GAFI, *Anti-Money Laundering and Counter-Terrorist Financing measures, Portugal, Mutual Evaluation Report*, December, 2017
- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, *Do Crime de “Branqueamento” de Capitais – Introdução e Tipicidade*, Almedina, Coimbra, 2001
- MACHADO, Miguel da Câmara, *Estudos de Direito Bancário G4 na Prevenção do Branqueamento de Capitais: Problemas, Paradoxos e Principais Deveres*, Coimbra Almedina, 2016
- MADURO, M. Poiares, *Conclusões do advogado Geral*, processo C-325/25, apresentadas em 14 de Dezembro de 2006
- PALMA, Maria Fernanda, DIAS, Augusto Silva, MENDES, Paulo de Sousa, *Estudos sobre Law Enforcement Compliance e Direito Penal*, 2.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2018
- SALGADO, F.R.M, *Branqueamento de Capitais: uma Análise Empírica*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015
- SATULA, Benja, *Branqueamento de Capitais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010
- SCHOTT, Paul Allan, *Guia de Referência Anti Branqueamento de Capitais e de Combate ao Financiamento do Terrorismo*, Banco Mundial, 2004

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de Publicação n'O Direito

1. A publicação de textos na revista *O Direito* depende de parecer prévio favorável da Comissão de Revisão, para verificação do cumprimento dos correspondentes critérios de publicação.

2. Os artigos a publicar n'*O Direito* devem:

- (i) Cumprir os critérios de elevada qualidade científica, incluindo rigor, clareza e fundamentação científica, fixados no Estatuto Editorial da Revista;
- (ii) Ser inéditos;
- (iii) Cumprir o limite de 90.000 caracteres (cerca de 30 páginas), incluindo espaços e notas de rodapé;
- (iv) Incluir os nomes dos autores no corpo do texto em caracteres normais e os referidos em notas de pé-de-página em versalete;
- (v) Incluir os títulos de monografias, obras coletivas e revistas em itálico e os de textos inseridos em revistas e em obras coletivas entre aspas, em caracteres normais;
- (vi) Incluir resumos em português e em inglês, com 500 caracteres cada.

3. Os textos a incluir na secção “Breves Comentários”, incluindo breves anotações de jurisprudência e resenhas devem cumprir os critérios definidos para os artigos, salvo quanto ao limite de caracteres, que é de 25.000, e à extensão dos resumos, de 150 caracteres cada.

4. Os textos devem ser submetidos em versão final. Só há umas provas antes da publicação, na qual se admitem correções de gralhas, mas não a introdução de texto novo.

