



UNIO
EU LAW JOURNAL

O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica europeia (e-Justice)

(Coleção UNIO E-book)

Coordenação Científica

Joana Covelo de Abreu
Larissa Coelho
Tiago Sérgio Cabral



Universidade do Minho



With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union



INFORMAÇÕES EDITORIAIS

O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos:
compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica
europeia (e-Justice)
(Coleção UNIO E-book)

Coordenação Científica:

Joana Covelo de Abreu, Larissa Coelho e Tiago Sérgio Cabral

Autores:

Anabela Gonçalves | Carlos Marinho | Joana Covelo de Abreu | Joana Neves |
José Igreja Matos | Larissa Coelho | Magda Cocco | Marco Gonçalves | Maria
José Costeira | Ruben Juvandes | Sandra Nunes | Tiago Sérgio Cabral

Edição:

Pensamento Sábio - Associação para o conhecimento e inovação
Universidade do Minho . Escola de Direito

Este trabalho é financiado ao abrigo do Módulo *Jean Monnet eUjust – EU Procedure and credits' claims: approaching electronic solutions under e-Justice paradigm*, com o número 611662-EPP-1-2019-1-PT-EPPJMO-MODULE.

ISBN: 978-989-54587-3-8 | DOI: 10.21814/1822.65807

Braga, julho de 2020



UNIO
EU LAW JOURNAL



ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	4
O sentido amplo de Contencioso da União Europeia e a justiça eletrónica europeia – a tutela jurisdicional efetiva como pressuposto e finalidade: breves apontamentos	8
Os pactos de jurisdição à luz do Regulamento 1215/2012 e as novas tecnologias	17
Cooperação no domínio de obtenção de provas em matéria civil e comercial	28
Citação e notificação de atos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial nos Estados-Membros	36
Os processos europeus de injunção de pagamento e para acções de pequeno montante	43
A cooperação europeia e a gestão operacional dos sistemas de tecnologia da informação no âmbito do Espaço de liberdade, segurança e justiça: deslindando o futuro da União?	63
O e-CODEX como instrumento facilitador dos processos europeus para cobrança de créditos	77
eCuria – noções e impacto nas interações com o TJUE	87
<i>Ubi jus, ubi remedium</i> – reflexões acerca do direito à ação judicial e do direito de indemnização contra o responsável pelo tratamento ou o subcontratante	96
O “Juiz artificial”: breves notas sobre a utilização de inteligência artificial pelos Tribunais e a sua relação com a legislação europeia de proteção de dados	114
A justiça digital – uma perspectiva dos juízes	127

APRESENTAÇÃO

Os textos publicados neste e-book, sob o tema “O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça Eletrónica europeia (e-Justice)” correspondem, na sua essência, ao suporte teórico da *Summer School*, sob o mesmo título, a ser promovida, na sua primeira edição, de 6 a 10 de julho de 2020, na Escola de Direito da Universidade do Minho.

A publicação desta obra corresponde a um dos objetivos visados no Módulo Jean Monnet com o acrónimo “eUjust” e subordinado ao tema “*EU Procedure and credits’ claims: approaching electronic solutions under e-Justice paradigm*”, desenvolvido na Escola de Direito da Universidade do Minho de setembro de 2019 a agosto de 2022, com a chancela da Comissão Europeia e do Programa ERASMUS+, que conta com a coordenação da Prof. Doutora Joana Covelo de Abreu, Professora da mesma instituição e da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e integrando, na sua equipa, a Prof. Doutora Alessandra Silveira e o Prof. Doutor Pedro Madeira Froufe.

Neste contexto, o Módulo partiu da sensibilidade auscultada pela equipa que o integra de que, com o estabelecimento de um Mercado Único Digital, a União Europeia começou a votar uma atenção particular às dinâmicas associadas às novas tecnologias de informação e de comunicação e a sua colocação ao serviço de uma boa administração da justiça. Na verdade, apesar de se verificarem esforços em equacionar, introdutoriamente, uma Justiça eletrónica europeia que datam de 2007 (e com o arranque do primeiro Plano Plurianual de Ação, do Conselho, em 2009), a realidade é que esta ganhou novo fôlego e atualidade com a apresentação, em 2019, do Plano e da Estratégia do Conselho sobre Justiça eletrónica europeia, a implementar até 2023.

Por outro lado, apesar de a administração da justiça já se encontrar permeada pelas dinâmicas digitais, ainda se regista um insipiente conhecimento das suas potencialidades, dos seus riscos e das suas vantagens, devendo tal equação partir de um fundamento antropológico, aliás, ínsito ao próprio surgimento e desenvolvimento do direito como ciência autónoma.

Por sua vez, também se vocaciona a equacionar o direito da União Europeia e, particularmente, o seu Contencioso, numa perspetiva de proximidade, quer perante os alunos, quer perante aqueles que atuam como operadores judiciais e administrativos e como agentes políticos, a fim de conhecerem de que forma a tramitação contenciosa na União Europeia lhes é útil e pode sair agilizada pela sua permeabilidade às novas componentes digitais.

O Contencioso da União Europeia perspetivado na candidatura (e que se reproduzirá no Módulo) parte de uma perspetiva ambiciosa que demanda a sua aperceção em sentido amplo: 1) por um lado, dizendo respeito à tramitação processual perante os tribunais organicamente europeus (onde se incluem o Tribunal de Justiça e o Tribunal Geral, as atuais duas jurisdições que compõem o Tribunal de Justiça da União Europeia, nos termos dos artigos 13.º e 19.º do Tratado da União Europeia e 251.º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia); e 2) por outro lado, englobando a tramitação processual verificada, à luz da autonomia processual dos Estados-Membros, nos tribunais nacionais que, quando chamados a aplicar o direito da União, se afiguram como tribunais funcionalmente europeus. No que diz respeito à segunda dimensão, a tramitação associada à cobrança transfronteiriça de créditos já conhece particulares incrementos, tendo merecido o papel de pano de fundo ao mote alinhavado para o Módulo e para a *Summer School*.

Assim, a *Summer School* foi pensada para dar a conhecer aqueles que são os domínios onde é mais visível este aprofundamento das componentes digitais, vocacionando-se a estudantes (desde a licenciatura ao doutoramento), a operadores judiciários e administrativos e a agentes políticos, na medida em que deve promover-se, na academia, um tratamento das componentes em desenvolvimento – inerentes às políticas públicas emergentes – e a correspondente sensibilização teórica e prática que permita a sua aplicação empírica, nomeadamente por aqueles que laboram na área da justiça e que veem a sua vida impactada, diariamente, por novas realidades tecnológicas.

Os textos que ora se publicam correspondem a artigos preparados pelos oradores que participarão na *Summer School* e que comprovam a amplitude de temas a tratar, associando i) investigadores seniores (da Universidade do Minho e de outras universidades nacionais), ii) jovens investigadores (na medida em que se visa o seu entrosamento, desde cedo, na vida académica pela produção científica de excelência que são capazes de apresentar), iii) juízes (que desenvolvem atividade nos tribunais nacionais e no Tribunal de Justiça da União Europeia), iv) agentes do quadro institucional da União Europeia [nomeadamente, atendendo ao papel significativo da eu-LISA (Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala) na implementação de soluções interoperáveis no contexto europeu] e v) advogados (atentas as novas leituras realizadas à luz da tutela jurisdicional efetiva, no contexto jurídico da União). Tal diversidade de oradores só foi possível pelo papel preponderante que a Escola de Direito da Universidade do Minho tem tido no ensino e na investigação do direito da União Europeia em contexto nacional e internacional. Verificam-se, portanto, diferentes aproximações às matérias em apreço, com particular repercussão científica e prática.

Posto isto, os textos são organizados por referência ao programa da *Summer School*, abrindo-se este e-book com o contributo de Joana Covelo de Abreu, Coordenadora do Módulo. Este texto sublinha as noções operativas inerentes à análise do paradigma da Justiça eletrónica europeia, partindo da conceptualização da tutela jurisdicional efetiva como o fundamento e a teleologia para a emergência de uma noção ampla de Contencioso da União Europeia. Nesta sua aproximação, a autora vota ainda atenção às relações reflexivas entre os tribunais nacionais e destes com o Tribunal de Justiça, que têm vindo a ser paulatinamente impactadas por dinâmicas digitais.

O segundo texto é da autoria de Anabela Gonçalves, Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho, subordinando-se ao tema “Os pactos de jurisdição à luz do Regulamento 1215/2012 e as novas tecnologias”. Com o seu contributo, a autora chama a atenção para as regras vigentes no contexto da União Europeia em sede de fixação de competência internacional à luz do Regulamento n.º 1215/2012, sobretudo tendo por referência a jurisprudência do Tribunal de Justiça e o esforço interpretativo das normas do mencionado Regulamento para que a elas se subsumam as atividades online. Neste cerne, a autora particulariza a competência jurisdicional para o conhecimento de litígios emergentes de relações estabelecidas por contratos celebrados por novos meios de comunicação à distância.

Seguem-se dois contributos de Marco Gonçalves, Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho, onde o autor promove uma análise pormenorizada e pedagógica dos Regulamentos n.ºs 1206/2001 (relativo à obtenção transfronteiriça de provas) e 1393/2007 (relativo às citações e notificações de atos judiciais e extrajudiciais), a fim de sedimentar o regime atualmente em vigor, abrindo a porta à subsequente intuição de quais dessas dimensões merecem particular reequação – nomeadamente

em termos digitais – no âmbito das propostas legislativas apresentadas, pela Comissão, e que se encontram, atualmente, a tramitar à luz do procedimento legislativo ordinário.

Depois de analisados os atos jurídicos instrumentais à tramitação transfronteiriça de processos, encontramos o contributo de Carlos M. G. M. Marinho, Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Lisboa, que se debruça sobre os mecanismos processuais de cobrança transfronteiriça de créditos. Através do seu texto, o autor analisa os Regulamentos n.ºs 1896/2006 (que cria o procedimento europeu de injunção de pagamento) e 861/2007 (que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante). Assim, partindo do escrutínio das soluções legais incluídas em cada um dos normativos, o autor realça a jurisprudência do Tribunal de Justiça que tem promovido a interpretação das suas disposições para, de modo integrado, ir sublinhando as soluções que enquadram a sua adaptação às dinâmicas digitais inerentes ao paradigma da justiça eletrónica europeia.

Segue-se o contributo, em coautoria, de Sandra Nunes, agente do quadro institucional da eu-LISA e de Larissa Coelho, Docente da Escola de Direito da Universidade do Minho e Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas, na mesma instituição (mediante financiamento da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia). Com o seu artigo, as autoras equacionam o papel da eu-LISA no Espaço de liberdade, segurança e justiça e, particularmente, na cooperação europeia, a fim de equacionarem o futuro da União, por referência ao paradigma da Justiça eletrónica europeia.

Estabelecido o quadro jurisdicional da União, o contributo seguinte ficou a cargo de Ruben Juvandes, Juiz no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, subordinado ao tema “O e-CODEX como instrumento facilitador dos processos europeus para cobrança de créditos”. Com esta reflexão, o autor avalia o papel do e-CODEX (*e-Justice Communication via Online Data Exchange*) – enquanto infraestrutura digital que assegura a transmissão segura para troca de dados e documentos em linha na área da justiça – na tramitação transfronteiriça de processos, nomeadamente no âmbito do procedimento europeu de injunção de pagamento e das ações de pequeno montante, demonstrando o seu papel catártico de ponte de transmissão interoperável de informações entre os tribunais dos Estados-Membros da União Europeia.

Ainda no cerne desta análise de plataformas / infraestruturas digitais ao serviço da justiça e da tramitação processual, segue-se a reflexão científica de Maria José Costeira, Juiz Conselheira do Tribunal Geral (Tribunal de Justiça da União Europeia), intitulada “eCuria – noções e impacto nas interações com o TJUE”. No seu texto, a autora começa por demonstrar os riscos e as potencialidades das novas tecnologias de informação e de comunicação ao serviço da justiça para, num segundo momento, demonstrar de que forma a aplicação eCuria – implementada perante as jurisdições do Tribunal de Justiça da União Europeia – funciona, avançando, empiricamente, o seu impacto na tramitação processual do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Seguidamente, e refletindo sobre o futuro do paradigma da justiça eletrónica europeia, Magda Cocco e Joana Neves, Sócia responsável pela área de Comunicações, Proteção de Dados e Tecnologia e Associada Coordenadora da Área de Contencioso e Arbitragem na Vieira de Almeida e Associados respetivamente, apresentam a seguinte reflexão “*Ubi jus, ubi remedium* – reflexões acerca do direito à ação judicial e do direito de indemnização contra o responsável pelo tratamento ou o subcontratante”. Partindo do regime estabelecido no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados quanto ao direito à ação contra o responsável pelo tratamento/subcontratante e ao direito à indemnização, as autoras conduzem uma análise dual: por um lado, atendem a uma

dimensão substantiva, analisando os sujeitos e os pressupostos da responsabilidade civil; por outro, focam a sua atenção numa dimensão processual, a fim de compreender e estabelecer os critérios de competência internacional, de litispendência e a emergência de um direito à ação popular.

O próximo texto é da autoria de Tiago Sérgio Cabral, Mestre em Direito da União Europeia pela Escola de Direito da Universidade do Minho, subordinando-se ao tema «O “Juiz artificial”: breves notas sobre a utilização de inteligência artificial pelos Tribunais e a sua relação com a legislação europeia de proteção de dados». Com este contributo, o autor visa equacionar a implementação de tecnologias de inteligência artificial nos tribunais da União Europeia e como tal se coaduna com o elevado padrão de proteção de dados pessoais vigente neste contexto, dando especial destaque à transparência, à prestação de informações ao titular dos dados e à sua proteção perante putativas tomadas de decisão por algoritmos.

A presente obra encontra o seu desfecho com o texto de José Igreja Matos, Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto e Presidente da Associação Europeia de Juízes, subordinado ao tema “A justiça digital – uma perspetiva dos juízes”. Com base no atual quadro de pandemia associado à COVID-19, o autor equaciona os desafios colocados aos tribunais pela necessidade de uma resposta rápida ao confinamento obrigatório, onde a solução pareceu radicar em soluções digitais (de justiça digital) e elenca as fragilidades, dificuldades e potencialidades da utilização de novas tecnologias de informação e de comunicação ao serviço da justiça. Assim, reconhecendo as vantagens em determinados domínios da adoção de soluções de intermediação digital, o autor sublinha a necessidade da implementação de tais soluções deverem contar com a participação ativa dos juízes i) na própria estruturação da arquitetura digital aplicada aos tribunais; ii) de lhes ser propiciada formação inicial e contínua; e iii) de tais sistemas informáticos ao serviço da justiça serem suscetíveis de demonstrar a integridade necessária ao exercício da função jurisdicional.

Posto isto, qualquer projeto científico e pedagógico nada seria sem os afetos. Por isso, este e-book é dedicado a todos os alunos que se entusiasmam pela discussão proficiente de novas realidades e paradigmas e que desafiam diariamente as equipas docentes. Sem o seu ânimo, as sensibilidades científicas não seriam desenvolvidas com tanto sentido de entrega académica.

Por fim (*the last but not the least*), cabe dedicar este e-book às Ex.mas Sras. Dras. Isabel Henriques e Célia Rocha pela criteriosa gestão financeira deste Módulo. Nas suas pessoas agradece-se a todos os funcionários da Escola de Direito da Universidade do Minho por todo o apoio prestado.

*Joana Covelo de Abreu
Larissa Coelho
Tiago Sérgio Cabral*

O sentido amplo de Contencioso da União Europeia e a justiça eletrónica europeia – a tutela jurisdicional efetiva como pressuposto e finalidade: breves apontamentos

Joana Covelo de Abreu*

1. Nota prévia

O presente texto visa atuar como elemento orientador e pedagógico para a *Summer School online* que ocorrerá nos próximos dias 6 a 10 de julho de 2020. Corresponde a um conjunto de sensibilidades desenvolvidas pela autora e que foram sublinhadas na candidatura ao Módulo *Jean Monnet eUjust EU Procedure and credits' claims: approaching electronic solutions under e-Justice paradigm*, por esta coordenado e que agora permite a realização destas componentes de desenvolvimento científico e atividades de lecionação.

Nesta perspetiva, o texto não tem pretensões científicas – as correspondentes notas de rodapé indiciam a base científica que a autora teve presente para a apresentação do texto.

2. Introdução

As novas tecnologias de informação e de comunicação (doravante, “TIC”) têm vindo a mudar e a moldar as soluções encontradas, ao serviço da justiça, na União Europeia, através do estabelecimento e desenvolvimento de um Mercado Único Digital (doravante, “MUD”). No âmbito da sua estratégia, a justiça eletrónica europeia surgiu como um paradigma que deveria ser alcançado, através de um método bem conhecido e sedimentado no âmbito da engenharia informática – o da interoperabilidade.¹

Aliás, tal método foi também reconhecido para a implementação de uma Administração Pública em linha e acabou elevado, nos dias que correm, a princípio geral, pelo Plano de Ação para uma Administração Pública em linha e, mais recentemente, pela Estratégia, do Conselho, em matéria de justiça eletrónica europeia (de 2019 a 2023). Este método foi perspetivado como o menos dispendioso e o mais capaz de compatibilizar as diversas soluções digitais que já existiam nos diferentes Estados-Membros.

Assim, se primeiramente pensado para prosseguir o paradigma da Administração Pública em linha, rapidamente foi aproveitado para ser usado como uma referência no domínio da justiça, sobretudo para promover a interligação de bases de dados e de sistemas operativos

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho e da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Coordenadora do Módulo *Jean Monnet eUjust EU Procedure and credits' claims: approaching electronic solutions under e-Justice paradigm*. Especialista designada, pela Direção-Geral de Justiça e Consumidores da Comissão Europeia, para a modernização da cooperação judiciária em matéria civil. Investigadora do Jus-Gov / CEDU (Centro de investigação em Justiça e Governança / Estudos em Direito da União Europeia) da Universidade do Minho. Membro da Comissão Diretiva do Jus-Gov.

¹ Cfr., para maiores desenvolvimentos, Joana Covelo de Abreu, “Digital Single Market under EU political and constitutional calling: European electronic agenda’s impact on interoperability solution”, *UNIO – EU Law Journal* 3,1, (janeiro de 2017), 123-140.

já existentes nos Estados-Membros, a fim de promover a conexão entre si e destes com as instituições, órgãos e organismos da União Europeia.

Neste contexto, as ferramentas digitais para o contexto jurídico e judiciário estão agora a ser pensadas de forma a facilitar a justiça transfronteiriça e para continuar a envolver os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia (respetivamente enquanto tribunais funcional e organicamente europeus) em relações sinérgicas e interativas. Na realidade, ao adensamento do direito da União é profundamente necessário o mecanismo do reenvio prejudicial, que potencia o diálogo entre juízes, especificamente entre os dos tribunais nacionais e os do Tribunal de Justiça. Concomitantemente, a União Europeia, pautando-se, desde o início do seu processo de integração, pelas liberdades de circulação, necessita de se dotar (e de dotar os tribunais nacionais) de mecanismos de interação jurisdicional mais céleres, simples e intuitivos, para que os litígios transfronteiriços possam ser debelados de forma mais eficaz e simplificada.

Neste domínio, os maiores desenvolvimentos têm sido perspetivados no âmbito de processos-tipo atinentes à boa cobrança transfronteiriça de créditos que visam potenciar uma maior eficiência do Mercado Interno: as componentes digitais têm-se tornado uma realidade, como se verifica da leitura do Plano Plurianual de Ação e da Estratégia do Conselho de 2019 a 2023 sobre justiça eletrónica europeia.

Afinal, quer as ações de pequeno montante², quer o procedimento europeu de injunção de pagamento³ foram objeto de revisão em 2015⁴ a fim de acomodar novas soluções digitais, alterações essas que se tornaram aplicáveis a partir de julho de 2017. Por sua vez, o Regulamento relativo ao arresto de contas bancárias⁵ também se perspetivou como um passo significativo que demonstra como as soluções digitais têm a suscetibilidade de acarretar um valor acrescentado, tendo-se tornado aplicável desde janeiro de 2017. Na mesma senda, durante o ano de 2018, também mecanismos de caráter instrumental – como é o caso dos Regulamentos relativos à obtenção transfronteiriça de provas⁶ e à citação e notificação de documentos⁷ – foram sujeitos a uma revisão legislativa (ainda a decorrer) de forma a adequar as soluções neles vertidas ao novo contexto tecnológico.⁸ Do mesmo modo, o Regulamento relativo à competência, reconhecimento e execução de decisões⁹ foi revisto para uma melhor aproximação às potencialidades das TIC.

² Cfr. Regulamento n.º 861/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho, que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante.

³ Cfr. Regulamento n.º 1896/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento.

⁴ Cfr. Regulamento n.º 2015/2421, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro, que altera o Regulamento n.º 861/2007 que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante e o Regulamento n.º 1896/2006 que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento.

⁵ Cfr. Regulamento n.º 655/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial.

⁶ Cfr. Regulamento n.º 1206/2001, do Conselho, de 28 de maio, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil e comercial.

⁷ Cfr. Regulamento n.º 1393/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro, relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros (citação e notificação de atos) e que revoga o Regulamento n.º 1348/2000, do Conselho.

⁸ Cfr, a propósito, “Legislative Train Schedule – Area of Justice and Fundamental Rights: Revision of Regulation on taking of evidence in civil proceedings”, Parlamento Europeu, acesso em 7 de junho de 2020, <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-taking-of-evidence>; “Legislative Train Schedule – Area of Justice and Fundamental Rights: Revision of the Regulation on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters”, Parlamento Europeu, acesso em 7 de junho de 2020, <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-legal-affairs-juri/file-service-of-documents-in-civil-proceedings>.

⁹ Cfr. Regulamento n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

No mesmo diapasão, o Portal Europeu de Justiça (www.e-justice.europa.eu) tornou-se um verdadeiro balcão único de informação quer para operadores judiciários, quer para cidadãos e o e-Codex surge hoje como uma plataforma que visa interligar as soluções digitais nacionais de tramitação processual a fim de ultrapassar as dificuldades associadas ao decurso normal de processos transfronteiriços, promovendo uma mais profícua cooperação judiciária neste contexto (como veremos, uma já concretizada integração judiciária, dado o grau evolutivo verificado). Do mesmo modo, a aplicação e-CURIA – que é atualmente utilizada perante o Tribunal de Justiça da União Europeia – conheceu vários incrementos no ano de 2018 a fim de responder às demandas de transformação digital.

Atentos tais desenvolvimentos e o novo quadro de atuação no âmbito da justiça eletrónica europeia, estabelecido de 2019 a 2023, verificou-se uma necessidade de sensibilizar os estudantes, os operadores judiciários, os agentes políticos e os *stakeholders* portugueses já que parecem ainda não estar totalmente conscientes de tais incrementos: na realidade, em setembro de 2018, o Conselho conduziu uma avaliação das propostas que verteria no Plano Plurianual de Ação, através do seu grupo de especialistas em *e-Law* (WK 8956/2018 REV 3) e verificou-se a ausência de contributos por parte do Estado português.

Cabe, portanto, à academia sensibilizar aqueles agentes para estas novas realidades e para as oportunidades que delas resultam. E a melhor forma para o fazer é através da promoção de Cursos Intensivos – em formato de *Summer School* – de forma a que este público se possa inteirar do pleno potencial das aproximações digitais no domínio da justiça e, particularmente, atentar às novas potencialidades em sede de cobrança transfronteiriça de créditos.

3. Da noção ampla de Contencioso da União Europeia¹⁰

O Contencioso da União Europeia é a disciplina jurídica que se dedica ao estudo das normas processuais e das vias recursórias disponíveis, na União Europeia, a fim de assegurar uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos por esta ordem jurídica, tendo por referência a arquitetura jurisdicional que reconhece e mobiliza o Tribunal de Justiça da União Europeia (enquanto tribunal organicamente europeu)¹¹ e os tribunais nacionais que, aplicando o direito da União em primeira linha e numa perspetiva de proximidade, atuam como tribunais funcionalmente europeus.¹² Assim, como temos vindo a adiantar, “*podemos dizer que o Contencioso da União diz respeito ao processamento jurisdicional dos direitos conferidos pela ordem jurídica europeia, quer num sentido funcional, quer num sentido material*”.¹³

Em sentido funcional, a noção de Contencioso prende-se com a arquitetura jurisdicional vigente na ordem jurídica europeia; “*tal significa que engloba, no seu estudo, quer o Tribunal de Justiça da União Europeia (formado, atualmente, pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Geral) [...], quer os tribunais nacionais que, quando chamados a aplicar o direito da União, atuam como tribunais funcionalmente europeus*”.¹⁴ Tal é assim pois o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia é inegável na construção do

¹⁰ Cfr., para maiores desenvolvimentos, Joana Covelo de Abreu, *Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia* (Coimbra: Almedina, 2019), 497 e seguintes; Joana Covelo de Abreu, “O desígnio da justiça eletrónica europeia de 2019 a 2023 à luz do Contencioso da União – reflexões antecipatórias”, in *Direito e Pessoa no Mundo Digital – Algumas Questões, Jornadas Comemorativas dos 25 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, coord. cient. Luís Couto Gonçalves, Cristina Dias, Sónia Moreira e Flávia Noversa Loureiro (Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019), 27-45.

¹¹ Cfr. Alessandra Silveira, “Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)”, in *Enciclopédia da União Europeia*, Ana Paula Brandão, Francisco Pereira Coutinho, Isabel Camisão e Joana Covelo de Abreu (Vila Franca de Xira: Petrony, 2019), 462 e seguintes.

¹² Cfr., para maiores desenvolvimentos, Alessandra Silveira, *Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência*, 2.^a Edição, Atualizada e Ampliada, (Lisboa: Quid Juris, 2011).

¹³ Cfr. Abreu, “O desígnio da justiça eletrónica europeia”, 40.

¹⁴ Cfr. Abreu, “O desígnio da justiça eletrónica europeia”, 40.

O sentido amplo de Contencioso da União Europeia e a justiça eletrónica europeia – a tutela jurisdicional efetiva como pressuposto e finalidade: breves apontamentos

acervo jurídico que hoje constitui a União Europeia, nomeadamente pela sua capacidade de concretização das normas jurídicas produzidas neste contexto e pelo desenho principiológico que foi moldando a construção europeia.

No entanto, tal só foi possível a partir das suas interações reflexivas com os tribunais nacionais, cujo papel decisivo determinou que também fossem considerados como integrando a dinâmica funcional do Contencioso da União: como bem enuncia Alessandra Silveira “*na ausência de normas processuais europeias, compete aos ordenamentos jurídicos nacionais i) designar os órgãos judiciais competentes e ii) regular as vias de direito/recurso destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos decorrentes da ordem jurídica europeia*”.¹⁵ Tal é assim pois é a estes que cabe, em primeira linha, aplicar o direito da União Europeia, desempenhando um “papel primário”¹⁶ na sua aplicação. Na realidade, estes tribunais configuram-se como uma “*ponte de transição da ordem jurídica da União [, assegurando] o cumprimento do direito da União através do diálogo com o Tribunal de Justiça*”.¹⁷ Assim, o reenvio prejudicial – mecanismo previsto no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, “TFUE”) – permitiu que os tribunais nacionais se articulassem com o Tribunal de Justiça a fim de verem as suas dúvidas interpretativas ou de validade do direito da União respondidas, acabando por ter um papel catártico na construção da ordem jurídica europeia como ela é hoje perspetivada. Por sua vez, também o chamado “diálogo informal”, como bem o apelidou Christiaan Timmermans, acabou por adensar estas relações de proximidade entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia, através de reuniões onde se discutem questões que correm perante os tribunais nacionais e que tocam o direito da União.¹⁸

Posto isto, “*funcionalmente, a estrutura jurisdicional da União Europeia abarca não só o Tribunal de Justiça da União Europeia, enquanto cápsula orgânica dos tribunais europeus, mas também os tribunais nacionais, quando aplicam direito da União Europeia, enquanto tribunais comuns ou tribunais funcionalmente europeus*”.¹⁹

Neste cerne, o sentido funcional a atribuir à noção de Contencioso da União “*diz respeito ao estudo da composição, funcionamento e organização dos tribunais organicamente europeus e à análise do diálogo formal e informal estabelecido entre estes e os tribunais nacionais que, quando aplicam direito da União, se afiguram como tribunais funcionalmente europeus*”.²⁰

Por sua vez, em sentido material, a noção de Contencioso da União Europeia também tem de ser analisada amplamente. Afinal, perspetivar a sua noção apenas por referência às normas processuais atinentes à tramitação processual perante o Tribunal de Justiça da União Europeia acabaria por ser uma tarefa redutora, na medida em que não conseguiria acompanhar as dinâmicas jurisdicionais que alavancam diariamente o direito da União Europeia e que permitem a sua densificação, através da intervenção dos tribunais nacionais na aplicação do direito decorrente desta ordem jurídica. Neste sentido, deverá englobar o estudo do conjunto de regras de processo e vias recursórias tendentes à efetivação dos direitos decorrentes da ordem jurídica europeia.

Para o efeito, se é incontestável que as regras processuais de tramitação dos processos perante o Tribunal de Justiça aqui se inserem, também se deverá equacionar o estudo de

¹⁵ Cfr. Alessandra Silveira, “Tribunais nacionais”, in *Enciclopédia da União Europeia*, Ana Paula Brandão, Francisco Pereira Coutinho, Isabel Camisão e Joana Covelo de Abreu (Vila Franca de Xira: Petrony, 2019), 455 e seguintes, p. 456.

¹⁶ Cfr. Koen Lenaerts, Ignace Maselis e Kathleen Gutman, *EU Procedural Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 13 (tradução livre).

¹⁷ Cfr. Lenaerts, Maselis e Gutman, *EU Procedural Law*, 14 (tradução livre).

¹⁸ Cfr., para maiores desenvolvimentos, Christiaan Timmermans, “Multilevel judicial co-operation”, in *Constitutionalising the EU judicial system: essays in honour of Pernilla Lindb*, eds. Pascal Cardonnel, Allan Rosa e Mils Wahl (Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012), 17.

¹⁹ Cfr. Abreu, *Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva*, 497.

²⁰ Cfr. Abreu, “O desígnio da justiça eletrónica europeia”, 42.

outros conjuntos de normas que impactam – ou têm a suscetibilidade de impactar – na tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo direito da União e que, direta ou indiretamente, são mobilizáveis à luz da ordem jurídica europeia.

Desde logo, por conta do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, também são de equacionar as normas processuais nacionais que, em abstrato, servem os litígios em que os tribunais nacionais aplicarão direito da União. Na realidade, tais normas são orgânica e formalmente nacionais mas, teleologicamente, são equacionadas e usadas também ao serviço do processo de integração – razão pela qual serão testadas à luz da equivalência e da efetividade (em sentido estrito) do direito da União, enquanto princípios teste à autonomia processual dos Estados-Membros. Na realidade, o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros (ínsito no artigo 19.º, n.º 1, 2.º parágrafo do Tratado da União Europeia – doravante, “TUE”) visa determinar, à luz da lealdade europeia, que cabe aos Estados-Membros estabelecerem as vias processuais adequadas à tutela jurisdicional dos direitos decorrentes da ordem jurídica europeia. Assim, caberá verificar se tais normas não acarretam soluções menos favoráveis para litígios que envolvem a aplicação do direito da União do que para litígios puramente internos de natureza similar (teste da equivalência) e, em seguida, caberá verificar se tais normas nacionais tornam excessivamente difícil ou impossível, na prática, o exercício de direitos decorrentes da ordem jurídica europeia (teste da efetividade em sentido estrito). Deste modo, as normas nacionais vão ter de ser escrutinadas à luz dos testes da equivalência e da efetividade de forma a compreender se os Estados-Membros atuaram lealmente com a União, não utilizando a sua autonomia processual para limitar ou restringir o processo de integração. Ora, a condução de tais aferições casuísticas no âmbito da autonomia processual dos Estados-Membros apenas ocorre porque, num prisma amplo, as dinâmicas contenciosas da União Europeia autorizam a sua condução e, bem assim, a aperceção funcional e teleológica das normas processuais nacionais à luz da ordem jurídica europeia.

Na mesma senda, a União Europeia tem vindo a apostar na adoção de mecanismos facilitadores da tramitação processual, especialmente aquela que apresenta lastro transfronteiriço. No âmbito da integração judiciária em matéria civil, têm sido desenvolvidos processos-tipo, como é o caso das ações de pequeno montante e as injunções europeias e, num prisma provisório, foi estabelecido o arresto de contas bancárias. Por sua vez, têm também sido adotados regimes instrumentais que visam facilitar as interações entre os tribunais dos diversos Estados-Membros, como é o caso da obtenção transfronteiriça de provas, das citações e notificações de documentos e do ato normativo que estabelece a competência dos tribunais dos diversos Estados-Membros e que designa as regras para o reconhecimento e a execução de decisões proferidas noutros Estados. Tal tem resultado de um trabalho de uniformização conduzido pelo legislador ordinário da União, através da adoção de Regulamentos – que impactam na forma como os tribunais nacionais laboram e como tramitam os processos com configuração transfronteiriça que têm de decidir. Novamente, se uma noção ampla de Contencioso da União em sentido funcional não fosse adotada, tais dinâmicas – cada vez mais evidentes e utilizadas – sairiam desconsideradas ou, pelo menos, não devidamente equacionadas à luz do direito da União e, especificamente, numa aproximação contenciosa que as caracteriza.

Neste contexto, a noção ampla de Contencioso da União em sentido material “*diz respeito ao estudo do conjunto de regras de processo e de vias recursórias tendentes à efetivação dos direitos decorrentes da ordem jurídica europeia*”, incluindo “*não só as vias processuais que correm perante os tribunais organicamente europeus e as normas de processo que as estabelecem*”, mas também “*as normas processuais [decorrentes] do direito da União, através de atos normativos de direito*

O sentido amplo de Contencioso da União Europeia e a justiça eletrónica europeia – a tutela jurisdicional efetiva como pressuposto e finalidade: breves apontamentos

derivado e, bem assim, as normas processuais nacionais que estabelecem como os processos nacionais tramitam mas que, quando mobilizadas para regular um processo onde o direito da união é invocável e/ou aplicável, são, por força da autonomia processual dos Estados-Membros, normas europeias quanto à função, ainda que nacionais quanto à origem”.²¹

Posto isto, estão lançadas as pedras basilares para a compreensão do papel agregador da justiça eletrónica europeia e, bem assim, de que forma esta vem sublinhar esta perceção ampla do Contencioso da União, mostrando-se devidamente vocacionada a uma promoção da tutela jurisdicional efetiva.

4. A justiça eletrónica europeia à luz da Estratégia, do Conselho, de 2019 a 2023: da interoperabilidade judiciária a uma efetiva integração judiciária reflexiva no contexto da União Europeia

As instituições europeias dedicam-se a analisar uma ideia de justiça eletrónica para a União Europeia desde o ano de 2007, quando o Conselho estabeleceu um grupo de trabalho sobre o tema. Desde então, também a Comissão Europeia²² e o Parlamento Europeu²³ se pronunciaram, demandando uma estratégia em matéria de *e-Justice* (justiça eletrónica europeia) para a União, em 2008.²⁴

Atualmente, a União encontra-se a dar cumprimento ao terceiro Plano Plurianual de Ação, do Conselho, em matéria de justiça eletrónica europeia – aquele que será objeto de execução de 2019 a 2023,²⁵ e que é acompanhado por uma estratégia para o mesmo período temporal.

Assim, o Conselho sublinhou que, como “[a] realização de procedimentos de forma digitalizada e a comunicação eletrónica entre as pessoas envolvidas em processos judiciais passaram a ser uma componente essencial do funcionamento eficaz do sistema judiciário dos Estados-Membros”, “[a] justiça eletrónica europeia tem por objetivo melhorar o acesso à justiça num contexto pan-europeu e está a desenvolver e integrar tecnologias da informação e comunicação para o acesso à informação jurídica e o funcionamento dos sistemas judiciais”.²⁶

No contexto europeu e da relação umbilical entre os paradigmas da Administração Pública em linha e da justiça eletrónica europeia, os princípios que foram desenvolvidos para o primeiro acabaram por ser acolhidos no domínio da justiça eletrónica europeia. Assim, esta estratégia visa abrigar e densificar os princípios do “digital por definição”, da “declaração única” (ou da “uma única vez”) e da “interoperabilidade por definição”, já que os esforços digitais a serem encetados, neste período temporal, terão de “assegurar aos cidadãos e às empresas a possibilidade de interagir com as autoridades através de uma plataforma digital”, “evitando procedimentos redundantes e, de acordo com as regras de proteção de dados, reutilizando em procedimentos posteriores as informações já introduzidas no sistema, se não forem obsoletas”.²⁷

Neste contexto, a interoperabilidade surge também como um objetivo a ser prosseguido: “[a] justiça eletrónica visa facilitar o acesso à justiça e o funcionamento dos sistemas de justiça”,

²¹ Cfr. Abreu, “O desígnio da justiça eletrónica europeia”, 42.

²² Cfr. Comissão Europeia, *Comunicação ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu – Rumo a uma estratégia europeia em matéria de e-Justice*, Bruxelas, 30 de maio de 2008, COM(2008) 329 final.

²³ Cfr. Parlamento Europeu, *Resolução que contém recomendações à Comissão em matéria de e-Justice*, de 18 de dezembro de 2008, 2008/2125 (INI).

²⁴ Cfr., para maiores desenvolvimentos, Eva Storkrubb, “e-Justice, innovation and the EU”, in *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, eds. Burkard Hess e Xandra E. Kramer (Hart Publishing, Nomos, Max Planck Institute of Luxembourg for Procedural Law, 2017), 271 e ss., p. 276.

²⁵ Cfr. Conselho, *Plano de Ação para a justiça eletrónica europeia para 2019-2023*, de 13 de março de 2019, 2019/C 96/05, acesso em 9 de junho de 2020, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313(02)&from=ES).

²⁶ Cfr. Conselho, *Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023*, de 13 de março de 2019, 2019/C 96/04, parágrafo 1.

²⁷ Cfr. Conselho, *Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023*, parágrafo 11.

o que será atingido, entre outras soluções, através “da ligação aos sistemas nacionais, bem como entre eles, num contexto transfronteiras”.²⁸

A interoperabilidade define-se, assim, como “a capacidade de organizações díspares e diversas interagirem com vista à consecução de objetivos comuns com benefícios mútuos, definidos de comum acordo, implicando a partilha de informações e conhecimentos entre si, no âmbito dos processos administrativos a que dão apoio, mediante o intercâmbio de dados entre os respetivos sistemas de TIC”,²⁹ ou seja, implica uma interconexão entre os diferentes sistemas e bases de dados existentes nos Estados-Membros e as instituições europeias, a fim de potenciar a circulação de dados pessoais, em ambiente protegido, entre as entidades dos Estados-Membros e aquelas instituições da União (podendo estas também ser responsáveis pela gestão e articulação central do sistema interoperável a operacionalizar).

Na realidade, “[o]s serviços públicos nacionais devem estar ligados e ultrapassar as fronteiras nacionais, por forma a estarem interconectados com serviços idênticos a nível da UE, contribuindo assim para o mercado único digital”, pressupondo-se a existência de “uma abordagem coordenada, a todos os níveis, [desde] quando a legislação é preparada [até ao momento em que] as informações são tratadas e quando os sistemas de TI são desenvolvidos para executar serviços públicos”.³⁰

Posto isto, no âmbito da justiça eletrónica europeia, caberá a “[c]ada Estado-Membro [...] assegurar a implementação técnica e a gestão dos sistemas nacionais de justiça eletrónica necessários para facilitar a interligação e a interoperabilidade entre os sistemas dos Estados-Membros”, assegurando “a compatibilidade dos vários aspetos técnicos, organizativos, jurídicos e semânticos selecionados para as aplicações do sistema judicial, sem deixar de ser garantida a flexibilidade para os Estados-Membros”.³¹

Deste modo, e partindo da conceção ampla de Contencioso da União Europeia, a Estratégia sobre justiça eletrónica europeia foi capaz de desenhar, a partir da interoperabilidade (judiciária, porque ao serviço de uma boa administração da justiça, promovendo a sua maior simplicidade, fiabilidade e celeridade), um quadro ambicioso para uma efetiva integração judiciária em matéria civil, especialmente alavancada pelo desenvolvimento de soluções digitais necessárias à tramitação de processos tendentes à cobrança transfronteiriça de créditos. Tal determina uma melhor e maior articulação entre os tribunais dos diversos Estados-Membros quando têm de debelar litígios transfronteiriços ou que apresentam conexões com outros Estados-Membros (por exemplo, quando determinam a necessidade de obtenção de prova noutro Estado ou quando pressupõem a necessidade de notificar documentos judiciais no território de outro Estado).

Afinal, o Portal Europeu de Justiça foi desenvolvido a fim de se tornar um efetivo balcão único de informações, disponível quer para operadores judiciais, quer para particulares, com informações intuitivas, prestadas de forma a dar cumprimento ao multilinguismo que caracteriza a União e que estão permanentemente em atualização.³² Por sua vez, e com o mesmo objetivo, foi asseverada a importância do e-Codex, sublinhando-se, numa perspetiva de sustentabilidade financeira, a sua adaptação de projeto a meio tecnológico efetivo ao serviço da justiça eletrónica europeia:³³ “[a] desmaterialização dos processos judiciais e extrajudiciais deverá ser prosseguida para proporcionar um acesso mais simples e rápido aos tribunais e facilitar o recurso aos procedimentos extrajudiciais

²⁸ Cfr. Conselho, *Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023*, parágrafo 12.

²⁹ Cfr. Artigo 2.º, n.º 1 da Decisão n.º 2015/2240, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, que cria um programa sobre soluções de interoperabilidade e quadros comuns para as administrações públicas, as empresas e os cidadãos (Programa ISA²) como meio para modernizar o setor público.

³⁰ Cfr. Comissão Europeia, *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Quadro Europeu de Interoperabilidade – Estratégia de execução*, Bruxelas, 23 de março de 2017, COM(2017) 134 final, p. 2.

³¹ Cfr. Conselho, *Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023*, parágrafo 24.

³² Cfr. Conselho, *Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023*, parágrafos 4, 13, 14, 15 e 23.

³³ Cfr. Conselho, *Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023*, parágrafos 36-40.

O sentido amplo de Contencioso da União Europeia e a justiça eletrónica europeia – a tutela jurisdicional efetiva como pressuposto e finalidade: breves apontamentos

através da utilização de ferramentas de comunicação eletrónicas seguras, nomeadamente o e-Codex, em situações transfronteiras”.³⁴

Posto isto, o Conselho tem apostado significativamente no papel das novas tecnologias de informação e de comunicação tendentes a uma mais célere articulação digital entre os tribunais dos diversos Estados-Membros, de forma a que se continue a promover um bom funcionamento do Mercado Interno e, deste modo, caminhando-se já para uma efetiva integração judiciária, capaz de suplantar a mera ideia de cooperação entre as autoridades judiciais.

Mas tal caminho tendente a uma superior digitalização ficaria incompleto se também não fosse incluído, neste ímpeto, os incrementos tecnológicos verificados na tramitação processual perante o Tribunal de Justiça da União Europeia.

Na realidade, também aqui o segundo semestre do ano de 2018 ficou marcado por uma premente evolução associada ao dimensionamento da aplicação e-Curia como obrigatória para a remessa de peças processuais perante o Tribunal Geral (e as consequentes notificações eletrónicas que se verificam no contexto do processo) e pela abertura da possibilidade de as questões prejudiciais serem remetidas, pelos órgãos jurisdicionais nacionais, através desta plataforma.³⁵ Conforme resulta dos artigos 48.º, n.º 4 e 57.º, n.º 8 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e da Decisão do Tribunal de Justiça, de 16 de outubro de 2018 (publicada em Jornal Oficial no dia 28 de novembro de 2018), é agora possível a submissão de atos processuais através da e-Curia e da realização de notificações eletrónicas por esta via, perante o Tribunal de Justiça. Do mesmo modo, decorre dos artigos 56.º-A e 57.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral e da Decisão do Tribunal Geral, de 11 de julho de 2018 (publicada em Jornal Oficial no dia 25 de setembro de 2018) que, em regra, a aplicação e-Curia será usada como meio de submissão e notificação processuais.

A e-Curia é uma “*aplicação informática comum às duas jurisdições que compõem o Tribunal de Justiça da União Europeia*” e que “*permite a entrega e a notificação de atos processuais por via eletrónica, bem como a consulta desses atos*”.³⁶ Da explicação compreende-se que corresponde a uma solução de interoperabilidade – na aceção informática do termo – na medida em que permite a articulação do Tribunal de Justiça da União Europeia com as partes e com os tribunais nacionais, quando realizam reenvios prejudiciais, estimulando, por um lado, i) a facilidade de as partes pleitearem perante o Tribunal de Justiça da União Europeia e, por outro lado, ii) a tramitação de um efetivo e digital “diálogo formal” entre tribunais, vivificando uma interjurisdicionalidade pois o e-Curia permite e eleva a um nível de maior efetividade as interações reflexivas entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça.

Assim, “[*t*]al aplicação tem, portanto, a virtualidade de promover um entrosamento interjurisdicional entre os tribunais que compõem o TJUE e os tribunais nacionais, a partir da possibilidade recentemente concedida de os segundos poderem submeter as suas questões prejudiciais através da aplicação e-Curia”, a que acresce o facto de “*esta aplicação ter passado a ser a regra em matéria de notificações e tramitação processual perante o Tribunal Geral*”, o que “*visa imprimir, no funcionamento do TJUE, uma maior celeridade processual, um maior entrosamento das partes nos processos que aí correm e, em última análise, uma alavancagem em sede de tutela jurisdicional efetiva*”.³⁷

³⁴ Cfr. Conselho, *Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023*, parágrafo 19.

³⁵ Cfr. “e-Curia”, Tribunal de Justiça da União Europeia, acesso em 9 de junho de 2020, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_78957/.

³⁶ Cfr. “Condições de utilização da aplicação e-Curia”, Tribunal de Justiça da União Europeia, acesso em 9 de junho de 2020, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tradoc-pt-div-c-0000-2018-201808778-05_02.pdf.

³⁷ Cfr. Joana Covelo de Abreu, “Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)”, in *Instituições, órgãos e organismos da União Europeia – Um quadro institucional único?*, coords. Joana Covelo de Abreu e Liliana Reis, s/d. (no prelo).

5. Breves notas conclusivas

A utilização de ferramentas digitais ao serviço da justiça parece surgir como um objetivo a prosseguir no contexto da União Europeia que se encontra já em fase de implementação. Ora, é a partir das construções aqui vertidas que a *Summer School* foi pensada, contando com especialistas de vários quadrantes e com várias sensibilidades para expor, ao pormenor, as potencialidades, os desafios e as fragilidades deste paradigma da justiça eletrónica europeia.

No entanto, a justiça eletrónica europeia só poderia ser estudada se enquadrada numa área material do direito da União Europeia – e não faria sentido que não ocorresse à luz do Contencioso da União Europeia. Assim, só faria sentido equacioná-la à luz da tutela jurisdicional efetiva – pois é esta que baseia, influencia e enforma a existência de preocupações inerentes à justiça e, bem assim, ao ideário contencioso que está na sua base.

Posto isto, partindo da interoperabilidade judiciária, verificam-se ímpetos digitais de mudança quer na atuação dos tribunais nacionais, sobretudo quando têm de atuar perante litígios com lastro transfronteiriço, mas também do Tribunal de Justiça da União Europeia, o que vem demonstrar e sublinhar uma efetiva interjurisdicionalidade que cada vez mais caracteriza formal e materialmente a União Europeia e a estabilização de um caminho que suplanta a mera cooperação judiciária, fundamentando o surgimento de uma fase de efetiva integração judiciária.

Os pactos de jurisdição à luz do Regulamento 1215/2012 e as novas tecnologias

*Anabela Gonçalves**

1. As novas tecnologias e o crescimento das relações jurídicas transnacionais

O desenvolvimento da tecnologia trouxe novos meios de comunicação, à distância, que se foram massificando e entraram no nosso quotidiano. Atualmente, o recurso à internet está permanentemente presente na nossa vida e a utilização das novas tecnologias está envolvida nas relações sociais e jurídicas que estabelecemos.

A internet tem uma extensão mundial, o que significa que as nossas atividades *online* facilmente assumem uma característica de transnacionalidade. Ou seja, o estabelecimento de relações jurídico-privadas que têm alguns dos seus elementos em contacto com mais do que uma ordem jurídica.¹ Assim é quando: a) estamos em teletrabalho para uma entidade patronal com sede ou estabelecimento noutra Estado; b) quando as empresas usam o e-mail para comunicar e celebrar contratos de compra e venda de bens e mercadorias; ou usam a internet para a prestação de serviços noutros países; c) quando os consumidores recorrem às compras *online* para conseguir melhores preços ou melhores condições do que aquelas que têm no mercado nacional ou o acesso a produtos ou serviços que não existem nos mercados dos seus países; e d) quando as pessoas criam contas junto de plataformas digitais que gerem redes sociais e que são operadas por empresas localizadas em outros Estados. Os exemplos deste tipo de relações privadas transnacionais, cujo crescimento é estimulado pela utilização massiva da internet são variados e a estes poderíamos adicionar muitos outros.

Quando surgem litígios neste tipo de relações jurídicas colocam-se problemas de determinação da lei aplicável, de fixação do tribunal competente e de reconhecimento de direitos adquiridos no estrangeiro. O Regulamento n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à

* Professora Associada na Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ As relações jurídicas privadas designadas por situações heterogéneas, plurilocalizadas ou transnacionais são aquelas cujos elementos constitutivos estão em ligação com mais do que uma ordem jurídica. Isabel de Magalhães Collaço considera que o aspecto que diferencia as relações privadas internacionais é o facto de serem «(...) relações “atravessadas por fronteiras” (...)»: Isabel de Magalhães Collaço, *Direito Internacional Privado* (Vol. I, Lisboa: AAFDL, 1966), 16. Atrevemo-nos a dizer, antes, que são relações que atravessam fronteiras, quer em sede de constituição (relações absolutamente internacionais, que estão desde o momento da sua formação em contacto com mais do que uma ordem jurídica), quer em sede de reconhecimento (relações relativamente internacionais, que têm no momento da sua constituição um carácter puramente interno, entrando posteriormente em contacto com outra ordem jurídica, quando há a necessidade de aí as reconhecer). Com mais pormenor v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A mudança de paradigma* (Coimbra: Almedina, 2013), 26-27.

execução de decisões em matéria civil e comercial (doravante, “Bruxelas I *bis*”), objeto deste estudo, ocupa-se das últimas duas questões enunciadas. Nele encontramos um conjunto de normas de competência internacionais e normas de reconhecimento e execução de decisões judiciais, instrumentos autênticos e transações judiciais em matéria civil e comercial.

O Regulamento Bruxelas I *bis* veio substituir o Regulamento n.º 44/2001, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (doravante, “Bruxelas I”),² que por sua vez transpôs a Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (doravante, “Convenção de Bruxelas”) para um ato legislativo da União Europeia, aperfeiçoando algumas normas e introduzindo algumas alterações. O regulamento Bruxelas I *bis* tem beneficiado da jurisprudência já existente do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, “TJUE”) em relação ao anterior Regulamento Bruxelas I e à Convenção de Bruxelas, como o TJUE por diversas vezes tem afirmado.³

Aproveitando esta vasta jurisprudência, o Regulamento Bruxelas I *bis* tem cumprido os seus principais objetivos: assegurar a segurança e certeza jurídica na resolução dos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial na União, permitindo a identificação da jurisdição competente, através de um conjunto uniforme de regras de competência, e uma circulação rápida das decisões judiciais dentro da União Europeia, contendo um procedimento simplificado de reconhecimento e execução de decisões, em respeito pelo princípio da confiança e do reconhecimento mútuo.⁴

Ora, este estudo versa precisamente sobre o Regulamento Bruxelas I *bis* e a sua aplicação às atividades que envolvem o recurso às novas tecnologias. As regras tradicionais de competência internacional são pensadas do ponto de vista da localização, o que significa que a sua aplicação a meios de comunicação à distância, como a Internet, exige um esforço de adaptação. Assim é devido às características desta rede de comunicação: o seu alcance global, a ubiquidade e a localização potencial dos seus utilizadores em todo o mundo. Nesta medida, o TJUE tem feito este esforço interpretativo das normas do Regulamento Bruxelas I *bis* para que estas possam ser aplicadas às atividades *online*.

Encontramos exemplos deste esforço interpretativo do TJUE em matérias de delitos *online*: quer em questões de violação *online* de direitos de propriedade intelectual,

² Sobre as principais alterações introduzidas pelo Regulamento Bruxelas I *bis* relativamente ao seu antecessor, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, “A Revisão do Regulamento Bruxelas I Relativo à Competência Judiciária, ao Reconhecimento e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial” in *Temas de Direito Internacional Privado e de Processo Civil Internacional* (Porto: Librum Editora, 2019), 129-150.

³ O TJUE afirmou que o Regulamento Bruxelas I e, posteriormente, o Regulamento Bruxelas I *bis*, são uma atualização da CB, devendo existir uma continuidade interpretativa entre os vários instrumentos legislativos, mantendo-se a interpretação autónoma dos seus conceitos, tendo em conta o sistema e os objetivos daquele regulamento: v., entre outros, TJUE, *Reisch Montage AG c. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH*, Proc. C-103/05, 13.06.2006, ECLI:EU:C:2006:471; TJUE, *Falco Privatstiftung e Thomas Rabitsch c. Gisela Weller-Lindhorst*, Proc. C-533/07, 23.05.2009, ECLI:EU:C:2009:257; TJUE, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* (C-585/08) e *Hotel Alpenhof GesmbH c. Olivier Heller* (C-144/09), proc. Apensos C-585/08 e C-144/09, 07.12.2010, ECLI:EU:C:2010:740.

⁴ Sobre o princípio do reconhecimento mútuo, v. Gonçalves, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, 243. Cfr. Alegría Borrás, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *RCADI* 317 (2005): 407-418; Luca G. Radicati di Brozolo, «L’influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation», *RCDIP* 3 (1993): 401 e segs; Paul Lagarde, «Développements futurs de droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures», *RebelsZ* 68 (2004): 225-243.

como marcas; quer em questões de violação *online* de direitos de autor, quer em questões de violação *online* de direitos de personalidade.⁵ A matéria contratual é outro domínio onde a intervenção do TJUE foi necessária para aplicar o Regulamento Bruxelas I *bis*, onde encontramos importante jurisprudência em relação aos contratos do *e-commerce* e aos contratos de consumo internacionais celebrados *online*.⁶

Tendo em consideração a exiguidade deste estudo não nos é possível abarcar toda a jurisprudência referida. Iremos, por isso, focar-nos num aspeto específico dos contratos celebrados através dos novos meios de comunicação à distância, nomeadamente, os pactos de jurisdição nos contratos de *e-commerce*. Os pactos atributivos de jurisdição são uma prática comum na celebração de contratos internacionais em geral e, também, nos contratos do *e-commerce*. Bruxelas I *bis* estabelece o seu regime legal no artigo 25°. Neste estudo, analisaremos as opções legislativas do Regulamento e a jurisprudência interpretativa do TJUE relativamente aos contratos do *e-commerce*.

2. O âmbito de aplicação do Regulamento Bruxelas I *bis*

O âmbito de aplicação material do Regulamento Bruxelas I *bis* é definido no seu artigo 1º, onde se pode ler que este é aplicável a matérias civis e comerciais. Do seu âmbito de aplicação material excluem-se as matérias enumeradas no n.º 1 e n.º 2, da mesma disposição legal, tais como o estatuto e a capacidade jurídica das pessoas singulares; as questões patrimoniais decorrentes do casamento ou relações comparáveis; as obrigações alimentares decorrentes de relações familiares, parentesco, casamento ou afinidade; os testamentos e sucessões; as falências, concordatas e processos análogos; as matérias de segurança social; a arbitragem; as questões fiscais, aduaneiras e administrativas.

O Regulamento Bruxelas I *bis* só se aplica a situações que tenham elementos de transnacionalidade, não sendo aplicável a litígios puramente internos.⁷ Assim, será

⁵ V. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, “O lugar do delito nas atividades ilícitas online e a delict oriented approach” in *Direito e Pessoa no Mundo Digital – Algumas Questões*, ed. Luís Couto Gonçalves, Cristina Dias Sónia Moreira, Flávia Loureiro (Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho – Jusgov, 2019), 1-16; *idem*, “O caso Bolagsupplysningen e o lugar da ocorrência do facto danoso online na violação transfronteiriça de direitos de personalidade” in *Direito na Lusofonia. Direito e Tecnologia* (Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018), 15-24; *idem*, “O dano como fator de competência internacional na violação online de direitos de distribuição exclusiva” in *FODERTICS 6.0 Los Nuevos Rectos del Derecho ante la Era Digital*, ed. Federico Bueno de Mata (Granada: Comares, 2017), 347-356; *idem*, “O lugar onde ocorreu o facto danoso nos delitos online” in *FODERTICS: Estudios sobre Nuevas Tecnologías y Derecho 4.0*, ed. Federico Bueno de Mata (Granada: Comares, 2015), 199-207.

⁶ V. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, “O caso *Schrems* contra *Facebook* e o contrato de consumo internacional” in *Future Law*, ed. Catarina Botelho e Fábio da Silva Veiga (Porto: Universidade Católica Editora, 2018), 557-570; *idem*, “O Contrato de Consumo Internacional Celebrado com Recurso a Meios Electrónicos no Regulamento Bruxelas I”, in *FODERTICS: Estudios sobre Nuevas Tecnologías y Justicia 3.0*, ed. Federico Bueno de Mata (Granada: Comares, 2014), 55-64; *idem*, “The E-Commerce International Consumer Contract in the European Union”, *Masaryk University Journal of Law and Technology* 9, No 1, (2015): 5-20; *idem*, “E-commerce and the protection of the consumer in international contracts by the European Union law” in *Los servicios en el Derecho Internacional Privado, Jornadas de la ASADIP 2014*, ed. José António Moreno Rodríguez e Cláudia Lima Marques (Porto Alegre/Asunción: Grafia e Editora RJR, 2014), 709-731; *idem*, “Evolução da regulamentação europeia dos contratos de consumo internacionais celebrados por via electrónica”, *Scientia Iuridica* 331 (2013): 5-32.

⁷ Assim resulta do Relatório Jenard, como de várias decisões do TJUE: P. Jenard, *Report on the Convention, of 27 September 1968, regarding the judiciary competence and enforcement of judgements in civil and commercial matters* (JO C 189, 1999), 8; P. Schlosser, *Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction*

aplicável aos contratos que estão em contato com mais de um sistema jurídico. As regras de competência estabelecidas no Regulamento Bruxelas I *bis* são aplicáveis quando o demandado tem domicílio num Estado-Membro (artigo 4.º). Caso contrário, aplicam-se as regras de competência de fonte nacional dos Estados, exceto nas situações abrangidas pelo n.º 1 do artigo 6.º, que estabelece situações em que os tribunais de um Estado-Membro têm competência, mesmo que o réu não tenha domicílio nesse Estado-Membro. Esse será o caso dos contratos de consumo (artigo 18.º, n.º 1); dos contratos de trabalho (artigo 21.º, n.º 2); das competências exclusivas (artigo 24.º); e dos pactos de jurisdição (artigo 25.º). O sistema de reconhecimento e execução previsto no Regulamento aplica-se às decisões proferidas nos Estados-Membros (artigo 36.º) e aos instrumentos autênticos e às transações judiciais executados no Estado-Membro de origem (artigo 58.º), no âmbito de aplicação do Regulamento.

No que diz respeito ao seu âmbito temporal, o Regulamento Bruxelas I *bis* é aplicável desde 10 de janeiro de 2015 (artigo 81.º) e revogou o Regulamento n.º 44/2001, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, conhecido como Bruxelas I (artigo 80.º).

3. Os pactos de jurisdição no Regulamento Bruxelas I *bis*

Os pactos de jurisdição são regulados no artigo 25.º do Regulamento Bruxelas I *bis*, permitindo às partes, por acordo, escolher o tribunal competente em relação a litígios que tenham a natureza civil e comercial, atribuindo a jurisdição a um tribunal ou aos tribunais de um Estado-Membro. Como na redação anterior (artigo 23.º do Regulamento Bruxelas I), podemos considerar esta possibilidade que é dada aos operadores do comércio internacional como uma expressão do princípio da autonomia da vontade das partes, permitindo que estes escolham um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro para resolver litígios futuros, ou litígios já ocorridos, conferindo-lhes jurisdição exclusiva para decidir a causa, salvo acordo em contrário entre as partes (artigo 25, n.º 1, do Regulamento Bruxelas I *bis*). Portanto, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, o tribunal escolhido pelas partes deve resolver o litígio, excluindo a jurisdição de qualquer outro tribunal que possa ter competência de acordo com as regras do Regulamento.⁸

Na anterior versão, o Regulamento Bruxelas I estabelecia alguns requisitos para a validade do pacto de jurisdição, no artigo 23.º, n.º 1, que visavam salvaguardar a certeza e a segurança jurídica e garantir que as partes tinham efetivamente dado o seu consentimento ao acordo de escolha de foro.⁹ Assim, era necessário que uma das partes tivesse o seu domicílio no território de um Estado-Membro e, como condição substantiva, era necessário que o objeto do acordo visasse uma relação jurídica

and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice (JO C 1891990) § 21; TJUE, Andrew Owusu contra N.B. Jackson, trading as ‘Villa Holidays Bal-Inn Villas’ and Others, Proc. C-281/02, de 1.3.2005, ECLI:EU:C:2005:120, § 25.

⁸ A importância do princípio da autonomia da vontade na regras de competência internacional é reconhecido no Considerando 11 do Regulamento e pelo TJUE, como se torna claro no caso *Refcomp SpA contra Axa Corporate Solutions Assurance SA and others*, Proc. C- 543/10, 07.2.2013, ECLI:EU:C:2013:62, §26.

⁹ TJUE, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA contra Hugo Trumpy SpA*, Proc. C-159/97, 16.03.1999, EU:C:1999:142, §34; *idem*, *Francesco Benincasa and Dentalkit Srl*, Proc. C-269/95, 03.07.1997, EU:C:1997:337, §25; *idem*, *Hőszig Kft. contra Alstom Power Thermal Services*, Proc. Case C 222/15, 07.07.2016, ECLI:EU:C:2016:525, §32.

específica.¹⁰ Como requisitos formais, o acordo de escolha de foro devia ser concluído: por escrito ou verbalmente, com confirmação por escrito; sob uma forma que estivesse de acordo com as práticas que as partes estabeleceram entre elas; ou sob uma forma que respeitasse os usos do comércio internacional, que as partes conhecessem ou devessem conhecer e que fossem amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo envolvidos no comércio específico ou comércio em questão. O n.º 2, do artigo 23º, do Regulamento Bruxelas I determinava ainda que qualquer comunicação por meios eletrónicos que permitisse um registo duradouro do pacto de jurisdição era equivalente a um contrato por escrito. Um dos objetivos dos requisitos formais do artigo 23º era garantir a existência do acordo entre as partes, o que era justificada para salvaguardar a parte negocialmente mais débil, contra pactos de jurisdição incorporados em contratos pela outra parte, que eventualmente pudessem passar despercebidos.¹¹ Portanto, o consenso entre as partes deveria ser demonstrado de forma clara e precisa no pacto de jurisdição, e estes requisitos substanciais e formais garantiam isso.

O atual artigo 25º, n.º 1 e 2 do Regulamento Bruxelas I *bis* mantém o mesmo texto que o anterior artigo 23º do Regulamento Bruxelas I, mas com uma alteração importante: um acordo de jurisdição, independentemente do domicílio das partes, pode agora ser celebrado, não sendo necessário, como na redação anterior, que uma das partes tenha domicílio em um Estado-Membro. Assim, resulta claro da redação do artigo 25º, n.º 1, que não faz qualquer referência ao domicílio de uma das partes no território de um Estado-membro, ao contrário da versão anterior da norma.

Outra mudança relevante na redação do artigo 25º, em comparação com a norma anterior, diz respeito à validade do acordo de jurisdição, questão sobre a qual o TJUE já havia se debruçado. No caso *Francesco Benincasa*,¹² depois de determinar que o pacto de jurisdição deve definir de forma precisa e clara, em resultado da vontade das partes, qual o tribunal que tem jurisdição exclusiva (exceto acordo em sentido contrário), o TJUE considerou que a segurança jurídica, resultante do pacto de jurisdição seria prejudicado se uma das partes pudesse fugir ao que foi acordado, alegando a nulidade de todo o contrato no qual essa cláusula de escolha de foro estava inserida. Portanto, decidiu o TJUE que a validade de ambos deveria ser analisada de forma autónoma, porque estamos perante dois acordos que devem ser tratados de maneira independente.¹³ Na mesma decisão, o TJUE decidiu que a nulidade do contrato, onde está inserido o pacto de jurisdição, deveria ser avaliada pelo tribunal estipulado nesse acordo de escolha de foro.¹⁴ Ora, é essa independência do pacto de jurisdição, com relação às outras disposições do contrato, e a proibição de contestar a validade da cláusula que contém o pacto de jurisdição com base na invalidade de todo o contrato que o artigo 25º, n.º 5, do Regulamento Bruxelas I *bis* agora estabelece.

¹⁰ TJUE, *Profit Investment Sim SpA, in liquidation contra Stefano Ossi et. al.*, Proc. C-366/13, 20.04.2016, EU:C:2016:282, §23; *idem*, *Hőszig Kft. contra Alstom Power Thermal Services*, Proc. C 222/15, §33.

¹¹ TJUE, *Hőszig Kft. contra Alstom Power Thermal Services*, Proc. C 222/15, §33. V. também TJUE, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA contra Hugo Trumpy SpA.Castelletti*, Proc. C-159/97, § 24.

¹² *Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl*, Proc. C-269/95, 20.2.1997, ECLI:EU:C:1997:337.

¹³ U. Magnus, “Prorogation of jurisdiction” in *Brussels I Regulation*, ed. U. Magnus e P. Mankowski (Munich: Sellier European Law Publishers, 2012), 500-501; F. Visser, “Der Einbezug deliktischer Ansprüche in die Gerichtsstandsvereinbarung für den Vertrag” in *Festschrift für Erik Jayme I*, ed. Heinz-Peter Mansel et al. (Munich: Sellier European Law Publishers, 2004), 995.

¹⁴ *Francesco Benincasa*, Cit.

O regulamento Bruxelas I *bis* resolveu também uma questão cuja solução não era clara no texto anterior da norma. Vários autores questionavam,¹⁵ perante um pacto de jurisdição, qual seria a lei pela qual deveríamos avaliar a validade substancial do acordo de eleição de foro. O artigo 25º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I *bis*, parece indicar que a validade substancial deve ser avaliada de acordo com a lei do tribunal do Estado-Membro que é competente segundo o pacto de jurisdição (como é confirmado pelo Considerando 20). O que deve ser entendido como lei, para efeitos de aplicação da norma, é esclarecido no Considerando 20, de onde se retira que o conceito de lei inclui as normas de conflitos de leis da ordem jurídica do Estado-Membro a que pertence o tribunal no pacto de jurisdição.¹⁶ Parece-nos que esta opção do Regulamento Bruxelas I *bis* está em conformidade com o tratamento autónomo concedido ao pacto de jurisdição e com a redação do artigo 5, n.º 1 da Convenção de Haia, de 30 de junho de 2005, sobre os Acordos de Eleição do Foro, ou seja, acordos de escolha do tribunal, alcançando, desta forma, a compatibilidade entre os dois textos legislativos.¹⁷

No que diz respeito à interpretação do conteúdo de uma cláusula de jurisdição, não é necessário que o tribunal escolhido possa ser identificado apenas pela sua designação. Segundo o TJUE, «basta que a cláusula identifique os elementos objetivos sobre os quais as partes se puseram de acordo para escolher o tribunal ou os tribunais aos quais pretendem submeter os seus litígios surgidos ou que venham a surgir».¹⁸ Além disso, estes elementos devem ser suficientemente precisos para permitir que o tribunal determine sua jurisdição e podem resultar de circunstâncias particulares do caso concreto.¹⁹

Por fim, nos termos do artigo 26º, n.º 1, considera-se que existe uma prorrogação tácita de competência ou um acordo tácito de escolha de foro quando a ação é levada aos tribunais de um Estado-Membro que não é competente de acordo com as normas de jurisdição estabelecidas do Regulamento, mas perante o qual o réu compareça (exceto se o objetivo da comparência for contestar a jurisdição do tribunal ou se houver jurisdição exclusiva concedida a outro tribunal em virtude do artigo 24º).

¹⁵ V. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et Exécution des Jugements en Europe, Règlement n.º 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano* (3ª ed., Paris: Montchrestien, L.G.D.J., 2002), 93, indicando algumas soluções deste problema, como o recurso à lei do tribunal designado e à lei do tribunal excluído relativamente à validade da cláusula; Magnus, “Prorogation of jurisdiction”, 473-474 e 476-478, diferenciando as várias questões substanciais que se podem colocar face a um pacto de jurisdição; P. Stone, *EU Private International Law, Harmonization of Laws* (Cheltenham – UK, Northampton – USA: Edward Elgar Publishing, 2008), 168.

¹⁶ Hipótese anteriormente admitida por alguma doutrina relativamente à declaração de consentimento: v., neste sentido, H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano* (Paris: LGDJ, 1998), 93; Magnus, “Prorogation of jurisdiction”, 477-478; P. Stone, *EU Private International Law*, 168. Cfr. sobre esta questão na revisão do Regulamento, J-P Beraudo, “Regards sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Clunet* 3 (2013): 749; P. Hay, “Notes on the European Union’s Brussels-I ‘Recast’ Regulation”, *The European Legal Forum* 1 (2013): 3; A. Nuyts, “La refonte du règlement Bruxelles I”, *RCDIP* 1 (2013): 55-57; T. Ratkovic e D.Z. Rotar, “Choice-of-Court Agreements Under the Brussels I Regulation (Recast)”, *JPIIL* 9 (2) (2013): 251-259.

¹⁷ Tal como referido na proposta da Comissão Europeia, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* (COM 748 final, Brussels, 2010), 10.

¹⁸ *Hőszig Kft. contra Alstom Power Thermal Services*, Cit., § 43.

¹⁹ *Idem, ibidem*. Nesse caso, a cláusula do contrato não se referia expressamente aos tribunais de um Estado-Membro, mas aos tribunais da capital de um Estado-Membro (Paris) e a lei desse Estado também foi escolhida pelas partes como lei do contrato. Assim, o TJUE considerou que este pacto de jurisdição cumpria os requisitos de clareza exigidos pela regra. Considerou o TJUE que a cláusula de competência referente aos tribunais de uma cidade de um Estado-Membro deve ser interpretada como uma referência implícita ao sistema de regras de jurisdição desse Estado-Membro: *idem, ibidem*, § 48-49.

4. Os pactos de jurisdição nos contratos do *e-commerce*

Depois de esclarecidos os requisitos formais e substanciais de validade a que deve obedecer um pacto de jurisdição, é relevante agora olhar para os pactos de jurisdição nos contratos internacionais de comércio eletrônico. Como referimos *supra* a escolha do tribunal competente é uma prática comum nos contratos de comércio eletrônico.

Como referimos, atualmente a atribuição de jurisdição a um tribunal ou aos tribunais de um Estado-Membro pode ser feita mesmo que ambas as partes não tenham domicílio em um Estado-Membro (artigo 25º, n.º 1). A validade substancial do pacto de jurisdição será verificada de acordo com a lei do Estado-Membro do tribunal competente. A forma a que deve obedecer o pacto de jurisdição está prevista nas várias alíneas do artigo 25º, n.º 1, que podem ser aplicadas alternativamente, como referimos *supra*. As exigências de forma têm como objetivo a necessidade de salvaguardar a existência real do consentimento das partes.²⁰

Dos requisitos formais estabelecidos para a celebração de um pacto de jurisdição, o que pode ser mais difícil de cumprir no comércio eletrônico é o requisito previsto no artigo 25, n.º 1, al. a), que exige que as partes expressem seu consentimento por escrito ou verbalmente, com confirmação por escrito subsequente.²¹ Nos contratos de comércio eletrônico, os pactos de jurisdição muitas vezes estão incluídos nas condições gerais de contratação e a aceitação é feita através da técnica de *clickwrap* ou *clickthrough*. Esta é uma solução digital frequentemente usada *online* e que permite obter o consentimento do utilizador da página de internet, através de caixas de diálogo que vão surgindo no ecrã com um ícone de anuência que o utilizador deve marcar para expressar o seu consentimento. A questão que se pode colocar será determinar como satisfazer, nessas circunstâncias, o requisito de validade formal previsto no artigo 25º, n.º 1, al. a) do Regulamento Bruxelas I *bis*, tendo presente que o acordo de eleição de foro atribui, salvo se as partes estipularem em sentido diferente, jurisdição exclusiva ao tribunal escolhido.

Em primeiro lugar, devemos-nos questionar se um pacto de jurisdição estabelecido em condições gerais de contratação para o qual remete o texto do contrato é lícito. O TJUE já teve oportunidade de se pronunciar sobre esta questão, tendo declarado que o pacto de jurisdição é lícito se o texto do contrato assinado incluir uma referência expressa a condições gerais que incluem uma cláusula de jurisdição.²² Contudo, a referência deve ser expressa e explícita, para que seja «(...) suscetível de ser controlada por uma parte normalmente diligente e se [possa] demonstrar que as cláusulas contratuais gerais que incluem a cláusula atributiva de jurisdição foram efetivamente comunicadas à outra parte contratante».²³

²⁰ Como foi afirmado pelo TJUE, por exemplo, em *Powell Duffryn plc contra Wolfgang Petereit*, Proc. C-214/89, 10.03.1992, ECLI:EU:C:1992:115, §26; *Galeries Segoura SPRL contra Société Rabim*, Proc. C-25/76, 14.02.1976, ECLI:EU:C:1976:178, § 6.

²¹ Com a mesma opinião, v. Fausto Pocar em relação ao art. 23º, n.º 2, da *Convenção de Lugano relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial*, que tem a mesma redação do art. 23º do Regulamento Bruxelas I: *Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007 — Explanatory report* (JO C, 319, 2009), §109.

²² TJUE, *Trasporti Castelletti SpA contra Hugo Trumpy SpA*, Proc. C-159/97, 16.03.1999, ECLI:EU:C:1999:142, § 13; TJUE, *Profit Investment SIM SpA*, em liquidação, contra Stefano Ossi, Commerzbank Brand Dresdner Bank AG, Andrea Mirone, Eugenio Magli, Francesco Redi, Profit Holding SpA, em liquidação, Redi & Partners Ltd, Enrico Fiore, Proc. C-366/13, 20.04.2016, ECLI:EU:C:2016:282, §26; TJUE, *Hőszig Kft. v. Alstom Power Thermal Services*, Cit., § 39.

²³ *Hőszig Kft. v. Alstom Power Thermal Services*, Cit., § 40. Cfr., TJUE, *Estasis Saloti di Colzani*, Proc. 24/76,

Em segundo lugar, é importante ponderar o n.º 2 do artigo 25º, que esclarece que equivale à forma escrita qualquer comunicação por meios eletrónicos que forneça um registo duradouro do pacto de jurisdição. A justificação desta disposição legal encontra-se na versão de 2001 do Regulamento Bruxelas I: esta solução foi pensada como uma forma de adaptar a norma dos pactos de jurisdição aos contratos de comércio eletrónico e às novas formas de comunicação. Na proposta da Comissão Europeia, que introduz a norma, pode-se ler que: «a exigência de um acordo “escrito” ou de um acordo verbal confirmado por “escrito” não deve pôr em causa a validade de um pacto atributivo de jurisdição acordado em suporte que não seja um escrito, mas cujo conteúdo seja acessível por meio de um écran».²⁴

Resulta daquela disposição legal que a comunicação eletrónica, através da qual o pacto de jurisdição foi estabelecido, deve permitir um registo duradouro, o que será mais fácil de concretizar quando as comunicações entre as partes são feitas por e-mail. Nesse caso, a comunicação eletrónica, onde o pacto de jurisdição é estabelecido, pode ser armazenada na caixa de correio, no computador, num disco rígido externo ou até mesmo ser impressa, em último recurso, permitindo um registo durável.

Uma situação mais complicada para concretizar a exigência do registo duradouro é aquela em que o contrato é concluído *online*, num *website*, estando o pacto de jurisdição integrado nas condições gerais de contratação, cuja aceitação é feita através de um simples “clique” numa mensagem que aparece no ecrã. Nesses casos, o requisito de uma comunicação por via eletrónica que permite um registo duradouro do pacto está preenchido?²⁵

Para responder a essa pergunta, é relevante analisar a decisão do TJUJ, *Jaouad El Majdoub*,²⁶ onde estava em causa um contrato celebrado na Internet, no qual não havia a intervenção de um consumidor e que foi concluído pela técnica de *clickwrap*. Jaouad El Majdoub adquiriu um veículo elétrico, a um preço favorável, no site *CarsOnTheWeb*²⁷, tendo o contrato sido posteriormente cancelado pelo vendedor porque, supostamente, alguns danos foram detetados no veículo no momento da preparação para a entrega do carro. Não aceitando esse comportamento unilateral do vendedor, o comprador dirigiu-se ao tribunal alemão, Estado onde a *CarsOnTheWeb* tem o seu domicílio, questionando o comportamento desse vendedor e solicitando o cumprimento do referido contrato. Com efeito, de acordo com a norma geral prevista no artigo 4º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas I *bis*, esse tribunal teria jurisdição enquanto tribunal do domicílio do réu.²⁸ Note-se que o Regulamento define, de forma autónoma, o domicílio das pessoas coletivas no artigo 63º, como sendo o local onde a pessoa coletiva tem a sua sede social, a sua administração central ou o seu estabelecimento principal.²⁹

14.12.1976, EU:C:1976:177, §12.

²⁴ Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento (CE) do Conselho relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial* (Bruxelas, 14.07.1999, COM 348 final), 18.

²⁵ Excluem-se desta hipótese aquelas situações em que o que aparece no ecrã corresponde a um mero convite a contratar (no sentido de que a página esclarece as condições em que o profissional está disposto a contratar) e em que o usuário é o que acede ao *website* e que inicia o processo de negociação, através de determinados comportamentos que indiciam a vontade de se vincular negocialmente, procedendo o responsável pela página à subsequente aceitação do pedido, normalmente por e-mail.

²⁶ *Jaouad El Majdoub contra CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*, Proc. C-322/14, de 21.05.2015, ECLI:EU:C:2015:334.

²⁷ Neste caso o contrato foi celebrado *online*.

²⁸ Este caso foi decidido com base no Regulamento Bruxelas I, estando a norma geral estabelecida no artigo 2º, n.º 1.

²⁹ Anterior artigo 60º do Regulamento Bruxelas I.

Por sua vez, o vendedor questionou a competência do tribunal alemão, alegando que, nas condições gerais do contrato celebrado na Internet e acessível no *website* usado pelo comprador, existia um pacto de jurisdição a favor de um tribunal da Bélgica. A *CarsOnTheWeb* também alegou que era o co-contratante deste contrato que deveria ter sido processado. Este era sua empresa-mãe estabelecida na Bélgica, facto conhecido pelo comprador, uma vez que este tinha solicitado à empresa-mãe belga a emissão de uma fatura (pedido que foi atendido, com a identificação desta empresa e sua localização) e o preço do veículo foi pago através de um depósito numa conta na Bélgica.³⁰

O comprador questionou a validade formal do pacto de jurisdição, integrado nas condições gerais do contrato, porque considerou que a forma escrita exigida e prevista no Regulamento não havia sido cumprida, uma vez que as condições gerais da venda não abriam automaticamente, nem no momento do registo, nem no momento da operação de compra. Em vez disso, foi necessário seleccionar um arquivo indicando «clique aqui para visualizar as condições gerais de fornecimento e pagamento» numa nova janela. Da descrição dos factos provados resultou também que o potencial comprador teria que, expressamente, aceitar essas condições gerais do contrato, marcando uma caixa para o efeito, antes de proceder a uma compra. No entanto, esse comportamento não levava, automaticamente, à abertura do documento que continha as condições gerais do vendedor, sendo, portanto, necessário um clique adicional numa hiperligação específica existente na página da internet.

O TJUE começou por reafirmar que o objetivo dos requisitos formais na celebração dos pactos de jurisdição é garantir a existência do consentimento das partes, o que aconteceu neste caso, porque o comprador marcou na caixa existente para esse efeito no *website*, aceitando as condições gerais do contrato.³¹ Além disso, foi necessário esclarecer o conceito de comunicação por meios eletrónicos que possibilitam um registo duradouro do contrato. O TJUE considerou que o objetivo da norma seria equiparar à forma escrita certas comunicações eletrónicas, com o objetivo de simplificar a celebração de contratos eletrónicos, pressupondo que as informações acessíveis através de um ecrã sejam transmitidas.³² É possível estabelecer neste raciocínio um certo paralelismo com o artigo 224º, n.º 1, 1ª parte do Código Civil Português, no que se refere à eficácia da declaração da vontade receptícia: ela torna-se eficaz quando chega ao poder ou ao conhecimento do destinatário. Chegada ao poder significa que a declaração negocial está em condições de poder ser conhecida, tendo em conta a organização de serviços

³⁰ Essas informações levantam uma questão importante, que não foi objeto de avaliação pelo TJUE, porque o acordo de jurisdição foi considerado válido. No entanto, se não fosse o caso, seria necessário determinar se o réu deveria ser a *CarsOnTheWeb*, com seu domicílio na Alemanha, e a quem o *website* pertencia e por meio do qual o contrato foi celebrado, ou se deveria ser sua empresa-mãe, com domicílio na Bélgica. Embora esta questão não esteja incluída no objeto deste estudo, se o contrato foi concluído com a *CarsOnTheWeb*, como parece resultar da matéria de facto provada, este deveria ser o réu e, de acordo com a regra geral do artigo 4º do Regulamento Bruxelas I *bis* (artigo 2, seção 1 anterior), o tribunal alemão seria o competente para avaliar o pedido substancial. É claro que essa conclusão depende de quem é identificado no contrato celebrado como parte no contrato, elemento que não está esclarecido no caso. Contudo, esta conclusão suscitaria a questão da necessidade de elementos internacionais na relação jurídica, como condição necessária para a aplicação do Regulamento Bruxelas I *bis*, uma vez que o autor residia na Alemanha. No caso, o pagamento é feito numa conta localizada na Bélgica, o que significa que a obrigação de cumprimento do contrato pelo comprador, ou seja, o pagamento do preço, é cumprida na Bélgica.

³¹ TJUE, *Jaouad El Majdoub*, Cit., §31.

³² TJUE, *Jaouad El Majdoub*, Cit., §36.

do lado do destinatário (artigo 224º, n.º 3, *a contrario sensu*). A ideia que resulta do raciocínio do TJUE é a mesma, no entanto, com as adaptações necessárias às técnicas de contratação por meios eletrónicos: as informações disponíveis num ecrã serão, de facto, conhecidas pelo destinatário ou estão em condições de serem conhecidas por ele, se este assim o decidir. Logo, a possibilidade de registo assegura a prova do conhecimento ou da possibilidade de conhecimento do pacto de jurisdição, antes da celebração do contrato, e a consequente aceitação do mesmo com a celebração do contrato eletrónico.

Por conseguinte, segundo o TJUE, «para que a comunicação eletrónica possa oferecer as mesmas garantias, designadamente em matéria de prova, basta que seja «possível» gravar e imprimir as informações antes da celebração do contrato».³³ Assim, a aceitação pela técnica de “clique”, permite registar e imprimir as condições gerais do contrato antes de sua celebração, se as partes assim o decidirem, não sendo necessário uma abertura automática daquelas condições gerais de contratação, quer no momento do registo no site ou no momento da compra.³⁴ Nesse caso em particular, a celebração do contrato envolveria uma técnica de *click-wrapping*, que permitia o registo das condições gerais do antes celebração do contrato, pela seleção de um campo que abria uma hiperligação de acesso a essas condições de adesão. Por esta razão concluiu-se que se cumpriram os requisitos previstos no artigo 25º, n.º 1, al. a) do Regulamento Bruxelas I *bis*.

Em resultado, para respeitarmos o requisito de validade formal de celebração do pacto de jurisdição por escrito tal como está previsto no artigo 25º, n.º 1, al. a), nos contratos eletrónicos, não é necessário que ocorra um registo real e duradouro do pacto de jurisdição, mas apenas que exista a possibilidade de fazer um registo duradouro desse acordo de eleição de foro, seja por impressão, seja por gravação digital, antes da celebração do contrato, que garanta o conhecimento real ou o possível conhecimento do pacto de jurisdição.

5. Conclusões

O objetivo deste estudo foi analisar o esforço interpretativo que é necessário fazer quando aplicamos normas de competência internacional tradicionais a atividades que se verificam *online* e através dos novos meios de comunicação à distância. Para o efeito servimo-nos, como exemplo, do regime jurídico dos pactos de jurisdição nos contratos internacionais celebrados no comércio eletrónico, onde a escolha da jurisdição competente pelas partes é uma prática comum.

Nesta análise verificámos que o requisito que exige mais esforço interpretativo nos contratos internacionais celebrados no comércio eletrónico é a condição formal, prevista no artigo 25º, n.º 1, al. a), que estabelece que o pacto de jurisdição deve ser celebrado por escrito ou verbalmente com confirmação escrita. Isto porque os pactos de jurisdição estão frequentemente integrados nas condições gerais do contrato, sendo que a aceitação é feita pela técnica de *click-wrapping*. Ainda assim, este requisito de forma escrita é essencial já que se destina a garantir a existência de um consentimento real das partes em relação ao acordo de eleição de foro. O artigo 25º, n.º 2 foi introduzido para abranger os contratos do comércio eletrónico, estabelecendo que equivale à forma escrita qualquer comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro

³³ *Idem, ibidem.*

³⁴ TJUE, *Jaouad El Majdoub*, Cit., § 39.

do pacto. Ainda assim, foi necessário concretizar o conceito de comunicação por via eletrónica que permita um registo duradouro do pacto, o que fizemos com recurso à jurisprudência do TJUE. Concluímos, desta análise, que esta jurisprudência teve a preocupação de garantir que a concretização do referido conceito garantisse o conhecimento real ou a possibilidade efetiva de conhecimento do pacto de jurisdição.

Cooperação no domínio de obtenção de provas em matéria civil e comercial

*Marco Carvalho Gonçalves**

1. Nota introdutória

A consagração da liberdade de circulação de pessoas, bens e serviços no espaço da União veio potenciar o surgimento de relações jurídicas plurilocalizadas, isto é, de litígios que estão em contacto com dois ou mais ordenamentos jurídicos, o que, invariavelmente, exigiu a implementação de instrumentos jurídicos normativos que garantissem a cooperação judiciária entre os diversos Estados-Membros no âmbito dos processos judiciais em matéria civil e comercial.

Em particular, no plano probatório, a natureza internacional ou plurilocalizada de um litígio pode exigir a produção de prova num Estado-Membro diverso daquele onde corre a ação. É o que sucede, por exemplo, com a necessidade de se ouvir uma testemunha que se encontra a residir no estrangeiro, de se obter um documento que está localizado num outro Estado-Membro da União Europeia ou de se realizar uma perícia ou uma inspeção num Estado-Membro diverso daquele onde a ação se encontra pendente.

Acresce que o direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável, enquanto manifestação do direito fundamental a um processo justo e equitativo, tal como consagrado no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, exige a adoção de mecanismos de cooperação que garantam a obtenção de provas de forma simples e rápida.

Ora, foi precisamente para procurar dar resposta a essa necessidade que o Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001 – doravante designado abreviadamente por Reg. (CE) n.º 1206/2001 –, veio regular a cooperação judiciária entre os diferentes Estados-Membros da União Europeia¹ no domínio da obtenção de provas em matéria civil e comercial,² tendo entrado em vigor no dia 1 de julho de 2001.

* Professor Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Note-se que, à luz do Considerando 22 do Reg. (CE) n.º 1206/2001, a Dinamarca não participou na aprovação deste regulamento e, por conseguinte, não está vinculada pelo mesmo, nem sujeita à sua aplicação.

² Observe-se que, conforme se observa do Considerando 6 do Regulamento (CE) n.º 1206/2001, de 28 de maio de 2001, até então, não existia um instrumento jurídico normativo que fosse vinculativo para todos os Estados-Membros da União Europeia, sendo que a Convenção de Haia, de 18 de março de 1970, relativa à obtenção de provas no estrangeiro, nos litígios de natureza civil ou comercial, só vinculava 11 dos Estados-Membros da União Europeia. Por outro lado, importa salientar que, nos termos do artigo 21.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001, este instrumento normativo prevalece sobre as disposições contidas em acordos ou convénios bilaterais ou multilaterais celebrados pelos Estados-Membros e, em especial, a Convenção da Haia de 1 de Março de 1954 relativa ao processo civil e a Convenção da Haia de 18 de Março de 1970 relativa à obtenção de provas no estrangeira em matéria civil e comercial, nas relações entre os Estados-Membros que nelas são partes.

Com efeito, este instrumento normativo assenta no princípio segundo o qual os pedidos de obtenção de provas que sejam apresentados no âmbito de um litígio em matéria civil e comercial devem ser transmitidos e executados de forma direta, imediata e expedita, entre os tribunais ou as autoridades judiciárias dos diferentes Estados-Membros.

2. Âmbito objetivo

O Reg. (CE) n.º 1206/2001 é aplicável aos litígios de natureza matéria civil ou comercial e sempre que um tribunal de um Estado-Membro, requeira, nos termos da sua legislação nacional, a obtenção de provas ao tribunal competente de outro Estado-Membro ou a obtenção de provas, de forma direta, num outro Estado-Membro (artigo 1.º, n.º 1 do Reg. (CE) n.º 1206/2001).³ Neste particular, importa salientar que a obtenção de provas só pode ser requerida desde que as mesmas se destinem a ser utilizadas num processo judicial que já tenha sido iniciado ou que se encontre previsto.

Em todo o caso, importa salientar que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem vindo a entender que a circunstância de o Reg. (CE) n.º 1206/2001 apenas ser aplicável na eventualidade de o tribunal de um Estado-Membro pedir a obtenção de provas por intermédio de um tribunal requerido ou pretender obter diretamente as provas num outro Estado-Membro não impede que um tribunal “*convoque como testemunha, nos termos do seu direito nacional, uma parte residente noutro Estado-Membro e que inquirir essa parte em aplicação do referido direito nacional*”.⁴

3. Cooperação direta entre tribunais

O artigo 2.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001 consagra o princípio da cooperação direta entre tribunais em matéria de obtenção de provas. Com efeito, de acordo com o citado preceito legal, os pedidos de cooperação em matéria de obtenção de provas devem ser transmitidos diretamente pelo tribunal onde o processo se encontre pendente ou venha a ser iniciado (tribunal requerente), ao tribunal de outro Estado-Membro que seja competente para a obtenção das provas (tribunal requerido). A adoção deste modelo permite que os pedidos sejam transmitidos de forma mais rápida e eficaz entre os tribunais dos diferentes Estados-Membros, tornando, por isso, mais fácil e expedita a obtenção de provas no âmbito dos litígios transfronteiriços.

Em todo o caso, não obstante a consagração desse princípio da cooperação direta entre os tribunais no domínio da obtenção de provas, o certo é que o Reg. (CE) n.º 1206/2001 assenta num modelo de cooperação, estribado numa “entidade central” – ou, no casos dos Estados federais, dos Estados em que existam vários sistemas jurídicos e dos Estados com unidades territoriais autónomas, em mais do que uma entidade centra – a qual tem competência para fornecer aos tribunais informações que

³ Saliente-se que, nos termos do artigo 1.º, n.º 3, do Reg. (CE) n.º 1206/2001, “a expressão “Estados-Membros” designa todos os Estados-Membros com exceção da Dinamarca”.

⁴ *Vide*, nesse sentido, o Acórdão do TJUE de 6 de setembro de 2012, *Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens e o. vs Hendrikus Cornelis Kortekaas e o.*, Caso C-170/11, ECLI:EU:C:2012:540 no qual se decidiu “As disposições do Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, em especial o seu artigo 1.º, n.º 1, devem ser interpretadas no sentido de que “o tribunal competente de um Estado-Membro que pretenda inquirir como testemunha uma parte residente noutro Estado-Membro tem a faculdade de, para proceder a essa inquirição, convocar essa parte e de a inquirir em conformidade com o direito do Estado-Membro desse tribunal”.

sejam relevantes em matéria de obtenção de provas, procurar soluções para eventuais dificuldades em relação a um pedido de obtenção de provas e, em casos excepcionais, remeter ao tribunal requerido, a rogo do tribunal requerente, um pedido de cooperação em matéria probatória.

4. Procedimento

4.1 *Transmissão do pedido de cooperação*

Nos termos do artigo 4.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001, o pedido de cooperação de obtenção de provas deve ser apresentado através de um formulário, do qual consta a identificação dos seguintes elementos:

- a) a identificação do tribunal requerente e, se for caso disso, do tribunal requerido;
- b) o nome ou designação e o endereço das partes no processo e dos seus representantes, se os houver;
- c) a natureza e o objeto da ação, bem como uma exposição sumária dos factos;
- d) uma descrição da obtenção de provas a apresentar;
- e) no caso de um pedido de depoimento de pessoas, o nome e o endereço das pessoas a ouvir; as perguntas a fazer às pessoas a ouvir ou os factos sobre os quais elas devem ser ouvidas; se for caso disso, a referência ao direito de recusa a depor nos termos da legislação em vigor no Estado-Membro do tribunal requerente; se for caso disso, a indicação de que o depoimento deve ser feito sob juramento ou declaração de honra, bem como a indicação de qualquer fórmula especial a utilizar; ou, se for caso disso, quaisquer outras informações que o tribunal requerente considere necessárias;
- f) no caso de um pedido relativo a qualquer outra forma de obtenção de provas, os documentos ou outros objetos a examinar;
- g) se for caso disso, qualquer pedido nos termos dos artigos 10.º, n.ºs 3 e 4, 11.º e 12.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001, bem como as informações necessárias à aplicação desta disposição.

Neste particular, importa salientar que, à luz do artigo 4.º, n.º 3 do Reg. (CE) n.º 1206/2001, os documentos que o tribunal requerente considerar necessários para a execução do pedido devem ser acompanhados de uma tradução na língua em que o pedido tiver sido redigido. Ademais, nos termos do artigo 5.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001, o pedido e as comunicações devem ser redigidos na língua oficial do Estado-Membro requerido ou, se nele existirem várias línguas oficiais, na língua oficial ou numa das línguas oficiais do local em que devem ser obtidas as provas requeridas, ou ainda numa outra língua que o Estado-Membro requerido tenha indicado poder aceitar.

Por outro lado, no que diz respeito à forma de transmissão do pedido, o artigo 6.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001 preceitua que, tanto os pedidos, como as comunicações, devem ser transmitidos através da forma mais rápida que possa ser aceite pelo Estado-Membro requerido, sendo que essa transmissão pode ser realizada por qualquer meio adequado, “*desde que o conteúdo do documento recebido seja fiel e conforme ao conteúdo do documento expedido e que todas as informações dele constantes sejam legíveis*”.⁵

Uma vez recebido o pedido de cooperação judiciária em matéria probatória, o tribunal requerido deve enviar um aviso de receção ao tribunal requerente, no prazo de

⁵ Conforme resulta do Considerando 9 do Reg. (CE) n.º 1206/2001, a utilização de formulários visa garantir a celeridade da transmissão dos pedidos de obtenção de provas, bem como das comunicações correlativas.

sete dias a contar da receção do pedido, mediante o envio do formulário B (artigo 7.º, n.º 1, do Reg. (CE) n.º 1206/2001).

Neste particular, importa salientar que podem existir diversos vícios processuais.

Assim:

- a) se o tribunal requerido não for competente para executar o pedido, deve retransmiti-lo ao tribunal, do seu Estado-Membro, que seja competente para conhecer o pedido, informando o tribunal requerente desse facto (artigo 7.º, n.º 2 do Reg. (CE) n.º 1206/2001);
- b) se o pedido se encontrar incompleto, atento o facto de não conter todas as indicações que sejam necessárias, o tribunal requerido deve, no prazo máximo de 30 dias, informar o tribunal requerente e solicitar-lhe o envio das informações que se encontrem em falta, as quais devem ser prestadas do modo mais preciso possível (artigo 8.º, n.º 1 do Reg. (CE) n.º 1206/2001);
- c) se o pedido não puder ser executado, atento o facto de, à luz do artigo 18.º, n.º 3 do Reg. (CE) n.º 1206/2001, ser necessário proceder ao pagamento prévio de um depósito ou de um avanço, o tribunal requerido deve, no prazo máximo de 30 dias a contar da receção do pedido, informar o tribunal requerente desse facto e, bem assim, sobre o modo como deve proceder ao pagamento do depósito ou do avanço (artigo 8.º, n.º 2 do Reg. (CE) n.º 1206/2001).

4.2 Execução do pedido de cooperação probatória

4.2.1 Âmbito

Nos termos do artigo 10.º, n.º 1, do Reg. (CE) n.º 1206/2001, o tribunal requerido deve executar prontamente o pedido, dispondo, para o efeito, do prazo máximo de 90 dias a contar da data da receção.

Neste particular, importa salientar que a execução do pedido de cooperação probatória assenta num modelo de cooperação entre os tribunais, o que se denota em duas vertentes:

- a) se o prazo de 90 dias, previsto para a execução do pedido, for ultrapassado, sem que o pedido se mostre executado, o tribunal requerido deve informar esse facto ao tribunal requerente e justificar quer a razão pela qual o pedido não foi executado dentro do prazo legalmente previsto, quer o prazo estimado para a execução do pedido (artigo 15.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001);
- b) logo que o pedido de cooperação seja executado, o tribunal requerido deve enviar, sem demora, ao tribunal requerente os documentos comprovativos da execução do pedido e devolver, se necessário, os documentos enviados pelo tribunal requerente, acompanhados de uma confirmação de execução (artigo 16.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001).

Por outro lado, no que concerne à forma da execução do pedido, importa salientar que, à luz do artigo 10.º, n.º 2 do Reg. (CE) n.º 1206/2001, o mesmo, em princípio, será executado em conformidade com o direito nacional do tribunal requerido.

Em todo o caso, o tribunal requerente pode pedir que o pedido seja executado em conformidade com algum procedimento especial que se encontre previsto na legislação do seu Estado-Membro,⁶ bem como com recurso às tecnologias de informação, designadamente a videoconferência e a teleconferência.⁷ Nesse caso, o

⁶ Para esse efeito, o tribunal requerente deve fazer uso do formulário A.

⁷ Observe-se, a este propósito, que o Reg. (CE) n.º 1206/2001 prevê, neste caso, a possibilidade de os meios técnicos necessários à realização da videoconferência ou da teleconferência serem colocados

tribunal requerido deve, em princípio, atender a esse pedido, salvo se o procedimento de obtenção de prova for incompatível com a lei do seu Estado-Membro ou se se verificarem importantes dificuldades de ordem prática na execução do pedido, caso em que deve informar o tribunal requerente da impossibilidade de execução do pedido nos moldes em que a mesma foi solicitada.⁸

4.2.2 *Execução com a presença e a participação das partes*

O artigo 11.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001 preceitua que, se tal se encontrar previsto na lei do Estado-Membro do tribunal requerente, as partes e os seus representantes, se os houver, têm direito de estar presentes e de participar na obtenção das provas pelo tribunal requerido. Trata-se, com efeito, de uma manifestação dos princípios da equidade e da audiência contraditória, segundo os quais as partes têm o direito de participar na produção das provas e, consequentemente, na formação da decisão. Acresce que a possibilidade de as partes participarem no processo de formação da prova assegura a imediação, na medida em que tudo se passa como se a prova tivesse sido produzida junto do Estado-Membro do tribunal requerente.⁹

Nesse caso, no pedido de cooperação probatória, o tribunal requerente deve informar o tribunal requerido da presença das partes e, se os houver, dos seus representantes, caso em que caberá ao tribunal requerido determinar as condições da participação das partes e, sendo caso disso, dos seus representantes, designadamente a data, hora e local em que as diligências probatórias irão ter lugar. Acresce que, ainda que tal não tenha sido pedido, o próprio tribunal requerido tem a possibilidade de solicitar às partes e, se existirem, aos seus representantes, a sua presença e/ou participação na obtenção de provas, desde que tal possibilidade se encontre prevista na lei do respetivo Estado-Membro.

Paralelamente, o artigo 12.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001 prevê a possibilidade de o pedido de cooperação probatória ser executado com a presença e participação dos representantes do tribunal requerente – isto é, os magistrados desse tribunal ou qualquer outra pessoa que, para o efeito, seja designada, como, por exemplo, um perito –, desde que tal seja compatível com a lei do Estado-Membro do tribunal requerente. Com efeito, essa possibilidade assume especial relevância à luz do princípio da imediação, na medida em que a produção da prova na presença do próprio tribunal requerente permite formar uma melhor convicção em relação à valoração da prova e à relevância da mesma para o apuramento da verdade material. Na eventualidade de ser requerida a participação dos representantes do tribunal requerente no ato de obtenção de provas, caberá ao tribunal requerido determinar as condições dessa participação, pelo que deverá notificar imediatamente o tribunal requerente sobre a data, a hora e o local em que terão lugar os procedimentos e, sempre que oportuno, sobre as condições de participação dos seus representantes.¹⁰

4.2.3 *Medidas coercivas*

O artigo 13.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001 preceitua que, na execução do pedido e sempre que tal se revele necessário, o tribunal requerido deverá aplicar as medidas

à disposição dos tribunais, mediante um acordo mútuo, na eventualidade de os mesmos não se encontrarem disponíveis no tribunal requerente ou no tribunal requerido.

⁸ Essa comunicação deve ser realizada mediante o preenchimento do formulário E.

⁹ Cfr., a este respeito, o Considerando 13 do Reg. (CE) n.º 1206/2001.

¹⁰ Essa notificação é realizada mediante a utilização do formulário F.

coercivas que se relevem adequadas e apropriadas para cada caso em concreto. Em todo o caso, a aplicação dessas medidas deve ser realizada em conformidade com o que se encontre estabelecido pela legislação do Estado-Membro do tribunal requerido para a execução de um pedido apresentado para os mesmos fins pelas autoridades nacionais ou por uma das partes interessadas.

4.2.4 *Recusa da execução*

Não obstante a importância do princípio de cooperação em sede probatória no âmbito das relações jurídicas plurilocalizadas, o certo é que o Reg. (CE) n.º 1206/2001 prevê diversas situações em que o pedido de cooperação pode ser recusado.

Assim, no âmbito da prova testemunhal, o artigo 14.º, n.º 1 do Reg. (CE) n.º 1206/2001 prevê a possibilidade de o pedido de audição de uma pessoa não ser executado se esta invocar o direito de se recusar a depor ou indicar estar proibida de depor quer à luz da legislação do Estado-Membro do tribunal requerido, quer ao abrigo da legislação do Estado-Membro do tribunal requerente, quando o direito de recusa ou a interdição tenham sido especificadas no pedido ou, se for caso disso, quando tenham sido confirmados pelo tribunal requerente, a rogo do tribunal requerido.

Ademais, de acordo com o artigo 14.º, n.º 2 do Reg. (CE) n.º 1206/2001, a execução do pedido de cooperação probatória pode ser recusada se o pedido extravasar o âmbito do Reg. (CE) n.º 1206/2001, se, nos termos da legislação do Estado-Membro do tribunal requerido, a execução do pedido não fizer parte das atribuições do poder judicial, se o tribunal requerente não cumprir a solicitação do tribunal requerido de completar o seu pedido ou se, sendo devida a prestação prévia de um depósito ou de uma provisão, tal prestação não for realizada. Nessa eventualidade, o tribunal requerido deve informar o tribunal requerente da recusa de execução do pedido no prazo de 60 dias a contar da receção do pedido pelo tribunal requerido.

Por outro lado, importa salientar que o tribunal requerido não pode recusar a execução do pedido apenas com fundamento em que, ao abrigo da legislação do seu Estado-Membro, o tribunal desse Estado-Membro tem competência exclusiva na matéria que é objeto da ação, ou que a legislação desse Estado-Membro não reconhece um direito de ação na matéria em causa. Na verdade, a recusa da execução do pedido de cooperação encontra-se circunscrita a situações muito pontuais e excecionais, por forma a se assegurar a efetividade do Reg. (CE) n.º 1206/2001.¹¹

5. Obtenção direta de provas

5.1 *Âmbito*

Apesar de o Reg. (CE) n.º 1206/2001 assentar, em regra, num modelo de cooperação entre tribunais em matéria de obtenção de provas, o certo é que o artigo 17.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001 prevê a possibilidade de um tribunal requerer a obtenção de provas diretamente num outro Estado-Membro, sem necessidade, portanto, da cooperação de um tribunal requerido. Com efeito, essa possibilidade de obtenção direta de provas visa permitir que o tribunal requerente consiga produzir a prova de forma mais célere e ágil.¹²

¹¹ *Vide*, a este propósito, o Considerando 11 do Reg. (CE) n.º 1206/2001.

¹² Cfr., a este respeito, o Acórdão do TJU de 21 de fevereiro de 2013, *ProRail BV vs Xpedys NV e o.*, Caso C-332/11, ECLI:EU:C:2013:87 no qual se decidiu que “Os artigos 1.º, n.º 1, alínea b), e 17.º do Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, devem ser interpretados no sentido

Nessa eventualidade, o tribunal requerente deve apresentar o pedido correlativo junto da entidade central ou da autoridade competente (artigo 17.º, n.º 1, do Reg. (CE) n.º 1206/2001),¹³ sendo que a diligência é realizada através de um magistrado ou por outra pessoa designada pelo tribunal.

Uma vez apresentado o pedido, a entidade central ou a autoridade competente do Estado-Membro requerido deve, no prazo de 30 dias, comunicar ao tribunal requerente se o pedido é aceite¹⁴ e, sendo caso disso, as condições da sua execução, como, por exemplo, designar um tribunal do seu Estado-Membro para participar na obtenção de provas ou incentivar o uso das tecnologias da comunicação, como a videoconferência e a teleconferência.

5.2 Recusa

A entidade central ou a autoridade competente podem recusar a obtenção direta de provas, se o pedido extravasar o âmbito do Reg. (CE) n.º 1206/2001, se o pedido não contiver todas as informações legalmente exigidas, ou se a obtenção direta de provas for contrária aos princípios fundamentais da legislação do seu Estado-Membro.

5.3 Execução

A obtenção direta de provas num Estado-Membro diverso daquele onde corre a ação apenas pode ser realizada numa base voluntária, isto é, sem recurso a medidas coercivas. Nesse pressuposto, se estiver em causa a produção de prova testemunhal, o depoente deve ser informado de que a sua audição é executada numa base voluntária, assistindo-lhe, por isso, o direito de recusar essa diligência probatória.

Por outro lado, importa salientar que o tribunal requerente deve executar o pedido em conformidade com a legislação do seu Estado-Membro.

6. Custas e reembolso de honorários e despesas

Nos termos do artigo 18.º do Reg. (CE) n.º 1206/2001, a execução do pedido de cooperação probatória não pode, em regra, dar lugar ao reembolso de taxas ou de custas judiciais.¹⁵

Em todo o caso, o tribunal requerente deve assegurar, a pedido do tribunal requerido, o reembolso dos honorários pagos a peritos¹⁶ ou a intérpretes, bem como dos custos decorrentes da execução do pedido de cooperação probatória de acordo com um procedimento especial ou mediante o recurso às tecnologias de informação.

de que o órgão jurisdicional de um Estado-Membro que pretenda que um ato de instrução confiado a um perito seja efetuado no território de outro Estado-Membro não está necessariamente obrigado a recorrer ao meio de obtenção das provas previsto por estas disposições a fim de poder ordenar esse ato de instrução?.

¹³ Essa comunicação é realizada através da apresentação do formulário I.

¹⁴ Mediante a utilização do formulário J.

¹⁵ *Vide*, a este propósito, o Acórdão do TJUE de 17 de fevereiro de 2011, *Artur Werynski vs Mediatel 4B Spółka*, Caso C-283/09, ECLI:EU:C:2011:85 no qual se decidiu que “Os artigos 14.º e 18.º do Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, devem ser interpretados no sentido de que um tribunal requerente não está obrigado a pagar ao tribunal requerido um adiantamento da compensação a atribuir à testemunha inquirida nem ao respectivo reembolso?.

¹⁶ Observe-se que, nos termos do artigo 18.º, n.º 3, do Reg. (CE) n.º 1206/2001, se for requerido o parecer de um perito, o tribunal requerido pode, antes de executar o respetivo pedido, solicitar ao tribunal requerente que efetue um depósito adequado ou um avanço sobre as despesas a efetuar.

Acresce que, se tal se encontrar previsto na legislação do Estado-Membro requerente, as partes devem proceder ao pagamento antecipado de um depósito ou de uma provisão que seja necessária para a realização da diligência probatória.

Citação e notificação de atos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial nos Estados-Membros

*Marco Carvalho Gonçalves**

1. Âmbito

O surgimento de conflitos plurilocalizados no espaço da União Europeia exige a definição de instrumentos de cooperação judiciárias e/ou de regras processuais uniformes que permitam disciplinar a transmissão de atos judiciais a cidadãos ou a empresas de diferentes Estados-Membros da União Europeia.¹ Com efeito, pode suceder, por exemplo, que um processo judicial esteja a correr termos num determinado Estado-Membro da União Europeia e seja necessário citar um réu, que se encontre domiciliado num outro Estado-Membro.

Ora, a citação e notificação de atos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial nos Estados-Membros encontra-se disciplinada no Regulamento (CE) n.º 1393/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007 (doravante designado abreviadamente por “Reg. (CE) n.º 1393/2007”).²

Com efeito, este diploma legal é aplicável nos casos em que seja necessário transmitir um ato judicial ou extrajudicial de um Estado-Membro para outro Estado-Membro – com exceção da Dinamarca –, para nele ser objeto de citação ou notificação.

Neste particular, urge salientar que este regulamento não se aplica nos casos em que o endereço do destinatário seja desconhecido, nem em matéria fiscal, aduaneira, administrativa ou de responsabilidade do Estado por atos e omissões no exercício do poder público.

Por outro lado, é importante referir que o Reg. (CE) n.º 1393/2007 assenta num modelo de cooperação judiciária entre os diferentes Estados-Membros. Neste pressuposto, em cada um dos Estados-Membros existem “entidades de origem”, as quais são competentes para transmitir atos judiciais ou extrajudiciais para efeitos de citação ou notificação noutro Estado-Membro, “entidades requeridas”, que têm competência para receber atos judiciais ou extrajudiciais provenientes de outro Estado-Membro³, bem como “entidades centrais”, as quais são responsáveis por fornecer informações às entidades de origem, procurar soluções possíveis para as eventuais

* Professor Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Conforme se extrai do Considerando 29 do Reg. (CE) n.º 1393/2007, “Nos termos dos artigos 1.º e 2.º do Protocolo relativo à posição da Dinamarca, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que institui a Comunidade Europeia, a Dinamarca não participa na aprovação do presente regulamento e não fica a ele vinculada, nem sujeita à sua aplicação”.

² Este diploma legal revogou o Regulamento (CE) n.º 1348/2000 e passou a ser aplicável a partir de 13 de novembro de 2008, com exceção do disposto no artigo 23.º, aplicável a partir de 13 de agosto de 2008.

³ No ordenamento jurídico português, tanto as “entidades de origem”, como as “entidades requeridas”, são os tribunais de comarca.

dificuldades que possam surgir aquando da transmissão de atos para efeitos de citação ou notificação, bem como remeter, a título excepcional, caso a entidade de origem lho solicite, um pedido de citação ou notificação à entidade requerida competente.⁴

2. Transmissão e citação ou notificação de atos judiciais por uma entidade requerida

2.1 Âmbito

Por forma a se garantir a maior celeridade e eficiência possíveis na transmissão e citação ou notificação de atos judiciais, o artigo 4.º do Reg. (CE) n.º 1393/2007 estabelece a regra segundo a qual os atos judiciais devem ser transmitidos, diretamente e no mais breve prazo possível, entre as entidades de origem e as entidades requeridas,⁵ e, bem assim, que a transmissão de atos, requerimentos, atestados, avisos de receção, certidões e quaisquer outros documentos entre as entidades de origem e as entidades requeridas pode ser realizada através de qualquer meio adequado, desde que o conteúdo do documento recebido seja fiel e conforme ao conteúdo do documento expedido⁶ e que todas as informações dele constantes sejam facilmente legíveis. Na verdade, o legislador europeu procurou garantir não só que o destinatário tome conhecimento efetivo do ato que lhe é dirigido, como também que compreenda adequadamente o conteúdo, o sentido e o alcance desse ato.

Por outro lado, importa salientar que o ato a transmitir deve ser acompanhado de um pedido, mediante um formulário, o qual deve ser preenchido na língua oficial do Estado-Membro requerido ou, no caso de neste existirem várias línguas oficiais, na língua oficial ou numa das línguas oficiais do local em que deva ser efetuada a citação ou notificação, ou ainda numa outra língua que o Estado-Membro requerido tenha indicado poder aceitar.⁷

2.2 Tradução dos atos

Nos termos do artigo 5.º do Reg. (CE) n.º 1393/2007, o requerente da transmissão do ato deve ser avisado pela entidade competente de que o destinatário pode recusar a receção do ato se o mesmo não se encontrar redigido numa língua que o mesmo compreenda ou que não constitua a língua oficial do Estado-Membro requerido ou, existindo várias línguas oficiais nesse Estado-Membro, a língua oficial ou uma das línguas oficiais do local onde deva ser efetuada a citação ou notificação.⁸

⁴ No ordenamento jurídico português, a “entidade central” corresponde à “Direção-Geral da Administração da Justiça”.

⁵ Com efeito, tal como decorre do Considerando 6 do Reg. (CE) n.º 1393/2007, “A eficácia e a celeridade nos processos judiciais no domínio civil impõe que os actos judiciais e extrajudiciais sejam transmitidos directamente e através de meios rápidos entre as entidades locais designadas pelos Estados-Membros”.

⁶ Observe-se que, nos termos do artigo 4.º, n.º 4, do Reg. (CE) n.º 1393/2007, os atos e quaisquer documentos transmitidos ficam dispensados de legalização ou de qualquer outra formalidade equivalente.

⁷ Neste particular, Portugal declarou aceitar como línguas de preenchimento do formulário, para além do português, tanto o espanhol, como o inglês.

⁸ Cfr., a este respeito, o Acórdão do TJUE de 6 de setembro de 2018, *Catlin Europe SE vs O.K. Trans Praha spol. s r. o.*, Caso C-21/17, ECLI:EU:C:2018:675 no qual se decidiu o seguinte: “O Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, que cria um procedimento europeu de injeção de pagamento e o Regulamento (CE) n.º 1393/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros («citação e notificação de atos») e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1348/2000 do Conselho,

Assim, se o requerente pretender obviar a essa possibilidade de recusa, o mesmo deverá suportar as despesas de tradução que possam ter lugar previamente à transmissão do ato, sem prejuízo de eventual decisão posterior do tribunal ou da autoridade competente em matéria de imputação dessas despesas.

2.3 Tramitação

2.3.1 Apreciação liminar

No que concerne à tramitação do pedido de citação ou de notificação de atos judiciais e extrajudiciais, importa salientar que, no momento em que a entidade requerida recebe o pedido, esta deve enviar, logo que possível e no prazo máximo de sete dias a contar dessa receção, um aviso de receção à entidade de origem, pela via de transmissão mais rápida possível.

Uma vez recebido o pedido, a entidade requerida deve verificar se existe algum impedimento quanto à execução do mesmo.

Deste modo, se o pedido de citação ou de notificação não puder ser realizado, por força da insuficiência ou imprecisão das informações ou dos atos que tiverem sido transmitidos, a entidade requerida deve contactar, pela via mais rápida possível, a entidade de origem, a fim de obter as informações ou os atos que se encontrem em falta.

Outrossim, se o pedido de citação ou de notificação estiver, de forma manifesta, fora do âmbito de aplicação do regulamento, ou se o não cumprimento das formalidades necessárias tornar impossível a citação ou notificação, a entidade requerida deve devolver à entidade de origem, juntamente com um aviso de devolução, o pedido e os atos transmitidos.

Já se a entidade requerida for territorialmente incompetente para a execução do pedido de citação ou de notificação, deve informar esse facto à entidade requerente e transmitir o pedido e o ato correlativo à autoridade territorialmente competente do mesmo Estado-Membro.

2.3.2 Execução do pedido

Não havendo qualquer impedimento à execução do pedido ou logo que o impedimento se mostre ultrapassado, a entidade requerida deve proceder ou mandar proceder à citação ou à notificação do ato.

A este respeito, importa salientar que a citação ou a notificação serão, em princípio, realizadas segundo a lei do Estado-Membro requerido, mas podem ser executadas segundo uma forma específica pedida pela entidade de origem, salvo se a mesma for incompatível com a lei do Estado-Membro da execução.

Por forma a se garantir a máxima celeridade e eficácia na transmissão dos atos, o artigo 7.º do Reg. (CE) n.º 1393/2007 consagra a regra segundo a qual a entidade

devem ser interpretados no sentido de que, em caso de citação ou notificação de uma injunção de pagamento europeia ao requerido sem que o pedido de injunção junto a esta tenha sido redigido ou acompanhado de uma tradução numa língua que é suposto compreender, como exige o artigo 8.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 1393/2007, o requerido deve ser devidamente informado, através do formulário normalizado previsto no Anexo II desse último regulamento, do seu direito de recusar receber o ato em causa. Em caso de omissão dessa formalidade, a regularização do procedimento deve ser efetuada em conformidade com as disposições deste último regulamento, através da comunicação ao interessado do formulário normalizado constante do Anexo II do mesmo. Nesse caso, atenta a irregularidade processual que afeta a citação ou a notificação da injunção de pagamento europeia, juntamente com o requerimento de injunção, essa injunção não adquire força executória e o prazo fixado ao requerido para deduzir oposição não pode começar a correr, de modo que o artigo 20.º do Regulamento n.º 1896/2006 não é aplicável”.

requerida deve adotar todas as medidas que se revelem necessárias ou adequadas para efetuar a citação ou a notificação do ato logo que possível e, em todo o caso, no prazo de um mês a contar da receção do ato. Nessa eventualidade, se não for possível proceder à citação ou à notificação no prazo de um mês a contar da receção, a entidade requerida deve, ao abrigo do princípio da cooperação, comunicar o facto imediatamente à entidade de origem e prosseguir com todas as medidas necessárias para proceder à citação ou notificação do ato, salvo indicação em contrário por parte da entidade de origem, caso a citação ou notificação sejam exequíveis, num prazo razoável.⁹

2.3.3 Recusa da receção e data da realização da citação ou da notificação

Nos termos do artigo 8.º do Reg. (CE) n.º 1393/2007, na execução da citação ou da notificação, a entidade requerida – ou, sendo caso disso, os agentes diplomáticos ou consulares, ou a autoridade ou pessoa responsável pela realização do ato – deve avisar o destinatário de que este pode recusar a receção do ato, quer no momento da citação ou da notificação, quer devolvendo o expediente à entidade requerida no prazo de uma semana, na eventualidade de a comunicação não se encontrar redigida ou se não for acompanhada de uma tradução numa língua que o destinatário compreenda ou na língua oficial do Estado-Membro requerido ou, existindo várias línguas oficiais nesse Estado-Membro, na língua oficial ou numa das línguas oficiais do local onde deva ser efetuada a citação ou a notificação.

Nesse caso, se o destinatário recusar a receção do ato, a entidade requerida deve comunicar imediatamente esse facto à entidade de origem e, simultaneamente, devolver-lhe o pedido e os documentos que careçam de ser traduzidos. Significa isto que, nessa eventualidade, se o pedido e os documentos forem devidamente traduzidos, o ato de citação ou de notificação pode ser repetido, desde que seja acompanhado de uma tradução do pedido e dos documentos que o acompanham num das línguas exigidas pelo Reg. (CE) n.º 1393/2007.

Já no que concerne à data em a citação ou a notificação do ato se consideram realizadas, o Reg. (CE) n.º 1393/2007 considera que a data relevante é, em princípio, aquela em que o ato, acompanhado da tradução, foi efetivamente transmitido de acordo com a lei do Estado-Membro requerido. Na verdade, face às diferenças existentes nos diversos ordenamentos jurídicos da União Europeia quanto à data em que se considere realizada a citação ou a notificação, o legislador europeu optou por estabelecer a regra segundo a qual esse efeito processual é determinado à luz do direito nacional do Estado-Membro requerido.

Em todo o caso, se, de acordo com a lei de um Estado-Membro, um ato carecer de ser citado ou notificado dentro de um determinado prazo, nessa hipótese, a data a ser tomada em consideração relativamente ao requerente será a data da tentativa inicial de citação ou a notificação. Esta regra assume especial relevância, particularmente nos casos em que o exercício de um direito esteja sujeito a um prazo de prescrição.

2.3.4 Certificação da transmissão do ato

Uma vez concretizada a citação ou a notificação do ato, procede-se à elaboração de uma certidão desse facto, a qual deve ser remetida à entidade de origem e

⁹ Conforme se extrai do Considerando 14 do Reg. (CE) n.º 1393/2007, é o que sucede, nomeadamente, se o “demandado se encontrar ausente do seu domicílio no gozo de férias ou ausente do seu local de trabalho em serviço”.

preenchida na língua oficial ou numa das línguas oficiais do Estado-Membro de origem ou noutra língua que esse Estado-Membro tenha indicado poder aceitar.

2.3.5 Custas da citação ou notificação

À luz do artigo 11.º do Reg. (CE) n.º 1393/2007, a citação ou a notificação de atos judiciais não pode dar lugar ao pagamento ou ao reembolso de taxas ou de custas judicial pelos serviços prestados pelo Estado-Membro requerido.

De todo o modo, o requerente da transmissão do ato é responsável pelo pagamento ou reembolso das custas respeitantes à intervenção de um oficial de justiça ou de uma pessoa competente segundo a lei do Estado-Membro requerido – as quais, em todo o caso, devem corresponder a uma taxa fixa única, estabelecida previamente pelo Estado-Membro em causa, que respeite os princípios da proporcionalidade e da não discriminação – ou que sejam devidas pelo recurso a uma forma específica de citação ou notificação.¹⁰

3. Transmissão e citação ou notificação de atos judiciais por via diplomática ou consular

Nos termos do artigo 12.º do Reg. (CE) n.º 1393/2007, os Estados-Membros podem, a título excecional, utilizar a via diplomática ou consular para transmitir atos judiciais, para efeitos de citação ou notificação, às entidades de outro Estado-Membro.

Para além disso, de acordo com o artigo 13.º do citado diploma legal, os Estados-Membros podem mandar proceder diretamente, por diligência dos seus agentes diplomáticos ou consulares, à citação ou notificação de atos judiciais a pessoas que residam noutra Estado-Membro, desde que qual nunca implique o emprego de medidas coativas.

Em todo o caso, à luz do artigo 23.º, n.º 1, do Reg. (CE) n.º 1393/2007, qualquer Estado-Membro pode declarar que se opõe à possibilidade de transmissão e citação ou notificação de atos judiciais por via diplomática ou consular no seu território, salvo se estiver em causa a citação ou a notificação a um nacional do Estado-Membro de origem.¹¹

4. Transmissão e citação ou notificação de atos judiciais pelos serviços postais

De acordo com o artigo 14.º do Reg. (CE) n.º 1393/2007, os Estados-Membros podem proceder diretamente, através dos serviços postais, à citação ou notificação de atos judiciais a pessoas que residam noutra Estado-Membro, mediante carta registada com aviso de receção ou me fio equivalente.¹²

¹⁰ Com efeito, conforme se extrai do Considerando 16 do Reg. (CE) n.º 1393/2007, o legislador entendeu que “A exigência de uma taxa fixa única não deverá obstar à possibilidade de os Estados-Membros os princípios da proporcionalidade e da não discriminação.

¹¹ No âmbito do nosso ordenamento jurídico, o Estado Português não se opôs à citação ou notificação por agentes diplomáticos ou consulares.

¹² *Vide*, a este propósito, o Acórdão do TJUE de 3 de março de 2017, *Andrew Marcus Henderson vs Novo Banco SA*, Caso C-354/15, ECLI:EU:C:2017:157 no qual se decidiu que “O Regulamento n.º 1393/2007 deve ser interpretado no sentido de que uma citação ou notificação de um ato que dá início à instância pelos serviços postais é válida mesmo que: – o aviso de receção da carta registada que contém o ato objeto de citação ao seu destinatário tenha sido substituído por outro documento, na condição de este último oferecer garantias equivalentes em matéria de informações transmitidas e de prova. Incumbe ao órgão jurisdicional do Estado-Membro de origem, chamado a pronunciar-se, certificar-se de que o destinatário recebeu o ato em causa, em condições que respeitam os seus direitos de defesa; – o ato objeto de citação

5. Transmissão e citação ou notificação direta de atos judiciais

Nos termos do artigo 15.º do Reg. (CE) n.º 1393/2007, os interessados num processo judicial podem promover a citação ou notificação direta de atos judiciais, através de oficiais de justiça, funcionários ou outras pessoas competentes do Estado-Membro requerido, desde que a citação ou a notificação direta sejam permitidas pela legislação desse Estado-Membro.¹³

6. Transmissão de atos extrajudiciais

O Reg. (CE) n.º 1393/2007 permite a transmissão de atos extrajudiciais, para citação ou notificação noutro Estado Membro, através dos meios nele previstos, com as devidas adaptações (artigo 16.º). Sobre o que se deve entender por “atos extrajudiciais”, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu no sentido de que este conceito “*compreende não só os documentos elaborados ou certificados por uma autoridade pública ou um funcionário público não judicial como os documentos particulares cuja transmissão formal ao seu destinatário residente no estrangeiro seja necessária para o exercício, a prova ou a salvaguarda de um direito ou de uma pretensão jurídica em matéria civil ou comercial*”.¹⁴

7. Falta de comparência do demandado

À luz do artigo 19.º, n.º 1, do Reg. (CE) n.º 1393/2007, se o demandado não comparecer em juízo, na eventualidade de lhe ter sido transmitida uma petição inicial ou um ato equivalente, o juiz do tribunal onde o processo corre os seus termos deve, sem prejuízo da adoção de medidas cautelares ou de urgência que se revelam necessárias ou adequadas para garantir a tutela do direito ou a efetividade da decisão judicial – sobrestar no proferimento da decisão até que seja verificado se o ato foi objeto de citação ou notificação segundo a forma prescrita pela legislação do Estado-Membro requerido para a citação ou notificação de atos emitidos no seu território e dirigidos a pessoas que aí se encontrem, ou se o ato foi efetivamente entregue ao demandado ou na sua residência, segundo outra forma prevista no Reg. (CE) n.º 1393/2007.

Além disso, mesmo que se comprove que o ato foi transmitido em conformidade com as regras previstas no do Reg. (CE) n.º 1393/2007, o julgador deve verificar se a citação ou a notificação foram realizadas num tempo útil e adequado para que o demandado pudesse comparecer em juízo e exercer a sua defesa.

Com efeito, a consagração desse regime decorre do direito a um processo justo e equitativo, consagrado no artigo 6.º da CEDH, sendo que uma das suas principais manifestações traduz-se, precisamente, no direito à defesa e ao contraditório.

Em todo o caso, importa salientar que o Reg. (CE) n.º 1393/2007 prevê a possibilidade de os Estados-Membros declararem que os seus juízes podem julgar a ação e conhecer o mérito da causa, mesmo que não tenha sido recebida qualquer certidão da citação ou notificação, desde que se encontrem reunidas as seguintes

ou notificação não tenha sido entregue à pessoa do seu destinatário, desde que o tenha sido a uma pessoa adulta que se encontrasse no interior da residência habitual desse destinatário, na qualidade de membro da sua família ou de empregado ao seu serviço. Cabe ao destinatário, se for caso disso, demonstrar através de todos os meios de prova admissíveis no órgão jurisdicional do Estado-Membro de origem, chamado a pronunciar-se, que não pôde efetivamente tomar conhecimento de que tinha sido proposta contra si uma ação judicial noutro Estado-Membro, ou identificar o objeto do pedido e a causa de pedir, ou dispor de tempo suficiente para preparar a sua defesa.”

¹³ Neste caso, o Estado Português comunicou que a legislação portuguesa admite a citação direta.

¹⁴ Acórdão do TJUE de 11 de novembro de 2015, *Tecom Mican SL vs José Arias Domínguez*, Caso C-223/14, ECLI:EU:C:2015:744.

condições cumulativas:

- a) o ato tenha sido transmitido de acordo com alguma das formas previstas no do Reg. (CE) n.º 1393/2007;
- b) tenha decorrido, desde a data da transmissão do ato, um prazo não inferior a seis meses e que o juiz considere adequado em função das particularidades do caso concreto; e
- c) não tenha sido recebida qualquer certidão ou certificado, não obstante terem sido feitas todas as diligências razoáveis para esse efeito junto das autoridades ou entidades competentes do Estado-Membro requerido.¹⁵

Por outro lado, nos termos do artigo 19.º, n.º 4 do Reg. (CE) n.º 1393/2007, se tiver sido transmitida, para citação ou notificação, uma petição inicial ou um ato equivalente a outro Estado-Membro, e se tiver sido proferida uma decisão contra um demandado que não tenha comparecido em juízo, o juiz pode, excepcionalmente – salvo se estiver em causa uma decisões relativa ao estado das pessoas ou à qualidade em que agem –, admitir a interposição de recurso, ainda que já se mostre esgotado o prazo perentório legalmente previsto para o efeito, se, cumulativamente, o desconhecimento atempado do ato de citação ou notificação, para efeitos de apresentação da defesa, ou da citação, para efeitos de interposição de recurso, não for imputável ao demandado, e se as possibilidades de defesa do demandado não se revelarem desprovidas de qualquer fundamento. Em todo o caso, ainda que essas condições se mostrem verificadas, o pedido de relevação, quanto ao efeito extintivo decorrente do decurso do prazo perentório de interposição do recurso, deve ser formulado num prazo razoável, a contar do momento em que o demandado tenha conhecimento da decisão.¹⁶

8. Proteção de dados

À luz do artigo 22.º do Reg. (CE) n.º 1393/2007, as informações – designadamente as que revistam caráter pessoal – que sejam transmitidas para efeitos de citação ou de notificação não podem ser utilizadas pelas entidades requeridas para fins diferentes daqueles para que foram transmitidas. Nesse sentido, as entidades requeridas devem assegurar a confidencialidade dessas informações, em conformidade com o disposto na respetiva legislação nacional.

¹⁵ A este propósito, o Estado Português declarou pretender não fazer uso dessa faculdade, ficando, por isso, vedada a sua aplicação pelos tribunais portugueses.

¹⁶ No nosso caso, Portugal declarou que é de um ano, a contar da data da decisão recorrida, o prazo para o demandado formular um pedido de relevação do efeito preclusivo decorrente do decurso do prazo legalmente previsto para a interposição de recurso.

Os processos europeus de injunção de pagamento e para acções de pequeno montante

Carlos Manuel Gonçalves de Melo Marinho */**

A. O Procedimento Europeu de Injunção de Pagamento

1. Objectivos

O Processo Europeu de Injunção foi introduzido no ordenamento jurídico da União Europeia pelo Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006 que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento (doravante também denominado de “RPEI”).

A aprovação deste diploma de Direito da União Europeia foi motivada pelas finalidades centrais de combater a morosidade na cobrança de dívidas transfronteiriças e prosseguir na senda iniciada com o “Regulamento Bruxelas II bis” no sentido da edificação de um espaço europeu de justiça assente na confiança mútua entre órgãos jurisdicionais e na livre circulação de decisões judiciais (aqui com as vestes onomásticas de “*injunções de pagamento europeias*”), i.e., na própria terminologia do legislador, da construção de um “espaço de liberdade, segurança e justiça no qual seja assegurada a livre circulação de pessoas” – “considerando” 1 e al. b) do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 743/2002 do Conselho, de 25 de Abril de 2002, que cria um quadro geral comunitário de actividades para facilitar a cooperação judiciária em matéria civil, in *Jornal Oficial das Comunidades Europeias (JOCE)* L 115/1, de 1 de Junho de 2002.

Em termos expressos e verbalizados assumiu, ainda, no artigo 1.º, os objectivos instrumentais de simplificar (assim produzindo celeridade) e embaratecer o processo de cobrança das dívidas abrangidas e, em sede geral, o de eliminar “os obstáculos à boa tramitação das acções cíveis – Considerando 2.

A sua produção teve forte motivação económica dado que se quis proteger as empresas, particularmente as pequenas e médias, e os postos de trabalho a elas associados, dos efeitos erosivos e demolidores do tecido económico-empresarial dos atrasos e omissões de pagamento, particularmente do seu efeito gerador de falências. Neste âmbito, pretendeu-se corrigir as “*distorções da concorrência no mercado interno decorrentes de desequilíbrios no funcionamento dos meios processuais facultados aos credores nos diferentes Estados-Membros*”, garantindo “*condições idênticas para os credores e os devedores em toda a União Europeia*” – Considerando 8.

* Por opção expressa do Autor, este texto segue as regras anteriores ao Acordo Ortográfico.

** Juiz presidente da Secção de Propriedade Intelectual, Concorrência, Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa. Co-fundador e ex-Ponto de Contacto de Portugal na Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial e da Rede Ibero-Americana de Cooperação Judicial.

O referido encadeado normativo visa dar dimensão transfronteiriça aos mecanismos internos de cobrança em massa de créditos não contestados, estendendo ao espaço da União os sistemas e mecanismos de injunção conhecidos e utilizados pela maioria dos Estados-Membros.

Iluminou esta intervenção o reclamado nas *Conclusões do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de Outubro de 1999* no sentido se obter “*maior convergência em matéria civil*” através da elaboração de legislação na área do Direito adjectivo para os processos transfronteiriços, em especial no domínio das “*ordens de pagamento em dinheiro*”.

Foi também de grande relevo inspirador o mandato emergente do *Programa da Haia: Reforço da Liberdade, da Segurança e da Justiça na União Europeia*¹ no sentido de que o “*reconhecimento mútuo das decisões é uma forma concreta de proteger os direitos dos cidadãos*”. Estabeleceu-se, aí, no seio da programação que se balizou temporalmente no ano de 2011, dever constituir “*uma das principais prioridades*” a aprovação de um mecanismo de “*Injunção de Pagamento Europeia*”.

Nesta sequência e com vista a lançar a produção normativa de um conjunto de diplomas europeus sobre acções de baixa densidade litigiosa, a Comissão aprovou em 20 de Dezembro de 2002, um Livro Verde relativo a um procedimento europeu de injunção de pagamento e a medidas destinadas a simplificar e acelerar as acções de pequeno montante.

2. Âmbito de incidência

O seu objecto é a matéria civil e comercial.

Estamos perante um conceito que não tem relação directa com os direitos internos dos Estados-Membros. Trata-se, antes, de uma noção própria do Direito da União Europeia.

Não se está perante definição técnica fixa e imutável, de sinal homogéneo em todos os Regulamentos desta área de cooperação. Os seus limites, em constante definição, têm que ser alcançados mediante ponderação jurisprudencial das específicas finalidades visadas e dos objectivos prosseguidos pelo artigo 81.º do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*.

São emanações importantes desse processo de construção através da jurisprudência, entre outros, os seguintes arestos do Tribunal de Justiça da União Europeia extraídos, os primeiros, por referência ao artigo 1.º da *Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial* e os posteriores interpretando os Regulamentos da União que substituíram tal Convenção:

- *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG contra Eurocontrol*, Processo 29/76;
- *Netherlands State contra Reinhold Riijffer*, Processo 814/79;
- *Volker Sonntag contra Hans Waidmann e Outros*, Processo C-172/91;
- *Verein für Konsumenteninformation contra Karl Heinz Henkel*, C-167/00;
- *Gemeente Steenberghe contra Luc Baten*, Processo C-271/00;
- *Préservatrice Foncière Tiard SA contra Staat der Nederlanden*, C-266/01;
- *Frabuil SA contra Assitalia*, Processo C-265/02;
- *Irini Lechouritou and Others contra Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, Processo C-292/05;

¹ (2005/C 53/01) in «Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) C 53/1 de 03 de Março de 2005, adoptado pelo Conselho Europeu de Bruxelas de 4 e 5 de Novembro de 2004.

- *Meletis Apostolides contra David Charles Orams e Linda Elizabeth Orams*, Processo C-420/07;
- *Realchemie Nederland BV contra Bayer CropScience AG*, Processo C-406/09;
- *Fabnenbrock e outros contra a República Helénica*, Processos apensos C-226/13, C-245/13, C-247/13 e C-578/13;
- *Pula Parking d.o.o. contra Sven Klaus Tederahn*, Processo C-551/15;
- *República Helénica contra Leo Kuhn*, Processo C-308/17;
- *NK contra BNP Paribas Fortis*, Processo C-535/17;
- *BUAK contra Gradbenistvo Korana*, Processo C-579/17;
- *Agnes Weil contra Géza Gulácsi*, Processo C-361/18;
- *Skarb Państwa Rzeczypospolitej Polskiej – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad contra Stephan Riel*, actuando como liquidatário de Alpine Bau GmbH, Processo C-47/18.

Estão excluídos do Regulamento em apreço os temas fiscais, aduaneiros e administrativos e a “*responsabilidade do Estado por actos e omissões no exercício do poder público (“acta jure imperii”)*” – artigo 2.º

Por força do disposto no n.º 2 deste artigo, o RPEI não é aplicável “*a) aos direitos patrimoniais decorrentes de regimes matrimoniais ou análogos, de testamentos e de sucessões; b) às falências e às concordatas em matéria de falência de sociedades ou outras pessoas colectivas, aos acordos judiciais, aos acordos de credores ou a outros procedimentos análogos; c) à segurança social; d) a créditos resultantes de obrigações não contratuais, a não ser que: d.1. as partes tenham chegado a acordo sobre esses créditos ou tenha havido um reconhecimento da dívida; ou d.2. esses créditos se relacionem com dívidas líquidas decorrentes da “compropriedade de bens”.*”

3. Aplicação territorial

O Regulamento em apreço vincula todos os Países da União Europeia com excepção da Dinamarca.

4. Início de vigência e alterações

Este encadeado normativo é integralmente aplicável na ordem jurídica europeia desde 12 de Dezembro de 2008 – artigo 33.º.

Foi, ao longo dos anos, alterado pelos seguintes textos legais:

- Regulamento (UE) N.º 936/2012 da Comissão, de 4 de Outubro de 2012, L 283/1, 16.10.2012 (alteração de anexos);
- Regulamento (UE) N.º 517/2013 do Conselho, de 13 de Maio de 2013, L 158/1, 10.6.2013 (alteração de anexos);
- Regulamento (UE) N.º 2015/2421 do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 861/2007 que estabelece um processo europeu para ações de pequeno montante e o Regulamento (CE) n.º 1896/2006 que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento, de 16 de Dezembro de 2015, JOUE L 341/1 de 24.12.2015;
- Regulamento Delegado (UE) n.º 2017/1260 da Comissão, de 19 de Junho de 2017, L 182/20, de 13.7.2017 (alteração de anexo).

5. Metodologia – as normas mínimas

5.1 Metodologia

Para atingir estes desideratos, o legislador europeu decidiu seguir a metodologia já acolhida no Regulamento (CE) n.º 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que cria o título executivo europeu para créditos não contestados – JOUE L143/15, de 30 de Abril de 2004 – ou seja, consagrou um sistema de normas mínimas ou referentes comuns. Fê-lo fundando a opção na existência de “*diferenças das normas de processo civil dos Estados-Membros, especialmente as que regem a citação e a notificação de actos*” – Considerando 19.

Neste âmbito, foi considerado dever realizar-se, se necessário, a compatibilização “das normas de processo civil aplicáveis nos Estados-Membros – Considerando 2.

Também como naquele se afastaram as citações ou notificações assentes em ficções legais cabendo, aqui, claramente, a proscrição da citação edital nacional.

Tais normas foram gizadas com vista a superar as dificuldades emergentes da diversidade dos regimes adjectivos internos, particularmente no domínio das citações e notificações.

Delas resulta que o Tribunal dirige ao requerido a citação ou notificação do conteúdo da injunção de pagamento europeia usando, para o efeito, as suas regras de Direito Processual interno, sendo que, porém, deve fazê-lo em termos vinculados pelo respeito das instruções mínimas de garantia do exercício dos direitos de defesa e de um processo equitativo, consagradas nos artigos 13.º, 14.º e 15.º.

Através destas é possível obter um grau de certeza absoluta (artigo 13.º) ou de forte probabilidade (artigo 14.º) de transmissão de conhecimento ao demandado quer do curso do processo e conteúdo das pretensões e actos iniciais quer das condições temporais e materiais de dedução da defesa e sentido e relevo processual das acções e omissões ulteriores.

Neste contexto, a citação ou notificação de pessoas distintas do destinatário da comunicação judicial, realizadas ao abrigo do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 14.º, só se mostra plenamente realizada, para os efeitos das indicadas normas mínimas, quando se verifique que essas pessoas tenham efectivamente aceite ou recebido a injunção de pagamento europeia.

Quanto a este quadro normativo e seu significado, o TJUE forneceu importante subsídio interpretativo, revelando o relevo decisivo desta matéria nos processos apensos *Eco cosmetics GmbH & Co. KG contra Virginie Laetitia Barbara Dupuy*, C-119/13, e *Raiffeisenbank St. Georgen reg. Gen. MbH contra Tetyana Bonchuk*, C-120/13, ao apontar que: “O Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento, deve ser interpretado no sentido de que os procedimentos previstos nos artigos 16.º a 20.º deste regulamento não são aplicáveis quando se verifique que uma injunção de pagamento europeia não foi citada ou notificada em conformidade com os requisitos mínimos estabelecidos nos artigos 13.º a 15.º do referido regulamento” e que “Quando essa irregularidade só se revelar após a declaração de força executória de uma injunção de pagamento europeia, o requerido deve ter a possibilidade de a denunciar, devendo a mesma, caso seja devidamente provada, implicar a invalidade da referida declaração de força executória”.

5.2 O artigo 13.º

O artigo 13.º contém um conjunto de regras que conduzem, com segurança, às finalidades visadas pelo legislador da União já que, aí, a transmissão de conhecimento é confirmada pelo próprio citando/notificando ou pelo responsável pela prática do acto.

Admite-se, neste âmbito, expressamente, nos termos do disposto na al. d), a citação ou notificação por meios electrónicos, esclarecendo-se serem aceites, neste âmbito, o fax ou o correio electrónico. O uso genérico desta expressão inculca a noção de que serão admitidos, aqui, outros meios tecnológicos que venham a ser utilizados ou criados, desde que a recepção possa ser comprovada por aviso *“datado e assinado pelo requerido e por ele devolvido”*.

5.3 O artigo 14.º

Já o artigo 14.º incide sobre actos desprovidos de comprovativo de recepção pelo requerido. Aqui, a necessária segurança relativa ao contacto e transmissão de conteúdo obtém-se através da assinatura de quem tenha procedido à citação ou notificação que seja competente para o efeito e forneça as indicações contidas no preceito.

Não indo tão longe como se foi no Direito interno espanhol, que afastou a citação ou notificação mediante simples depósito no receptáculo postal, admite-se aqui tal modalidade e até o depósito da injunção numa estação de correios ou junto das autoridades públicas competentes, seguido da notificação escrita desse depósito na caixa de correio do requerido, com menção ao carácter judicial do documento.

Se o requerido tiver o seu endereço no Estado-Membro de origem, dispensa-se a prova prevista no n.º 3. Neste domínio, poder-se-á ter ido longe demais e deixado o Requerido demasiado desprotegido, já que esta regra só será eficaz se houver a garantia de perfeita manutenção das bases de dados ou arquivos nacionais de moradas usados como fonte de informação. Vale aqui, porém, com vista a estabelecer a necessária protecção do requerido, o disposto no n.º 2 do artigo 14.º que exige um conhecimento seguro de tal endereço. Aqui, a segurança da ciência devida é sinónimo de noção emergente de informação actualizada.

Na área das novas tecnologias, a aceitação da validade da citação ou notificação por meios electrónicos pressupõe: a) a existência de um sistema de confirmação automática de entrega e b) a aceitação expressa e prévia do meio utilizado.

5.4 O artigo 15.º

As normas mínimas constantes do artigo 15.º versam sobre a citação ou notificação na pessoa de representante do requerido, permitindo-a.

Quanto a este, uma vez aceite a possibilidade de actuar no lugar do requerido para efeitos de recepção da mensagem processual, aplicam-se-lhe as regras dos artigos 13.º e 14.º, ou seja, pode o mesmo ser destinatário da informação processual, em nome alheio, com ou sem prova de recepção.

6. Carácter não exclusivo

Optou-se por consagrar a não obrigatoriedade do uso deste regime, o que significa que os credores europeus colocados em situação que teoricamente justifique o uso do mecanismo não estão impedidos de recorrer, por razões que não têm que invocar, a outro procedimento de Direito interno ou de Direito Europeu – n.º 2 do artigo 1.º.

Este procedimento constitui, pois, meio suplementar e facultativo colocado à disposição do requerente, que manterá toda a liberdade de usar os procedimentos previstos no direito interno – vd. o Considerando n.º 8 do preâmbulo.

7. Carácter estritamente transfronteiriço

7.1 Incidência transfronteiriça

Ao contrário do que se chegou a ponderar nos trabalhos iniciais, o Regulamento tem incidência estritamente transfronteiriça, pelo que não substitui nem funciona em paralelo com os dispositivos internos de cobrança de dívidas, designadamente os processos nacionais de injunção.

O facto de se terem adoptado apenas normas mínimas significa, também, que este encadeado de regras não faz a harmonização dos regimes nacionais de recuperação dos créditos não impugnados.

Optou-se, neste ponto particular, por fornecer uma definição legal de caso transfronteiriço – artigo 3.º – fazendo-se intervir um conceito de domicílio ou residência habitual.

É infeliz a versão portuguesa do Regulamento ao conter referência a “*tribunal demandado*”, expressão por demais imprópria já que nenhum Tribunal é demandado nesta ou noutras circunstâncias. Segundo o preceito, estamos perante um caso transfronteiriço quando “*pelo menos uma das partes tem domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do Estado-Membro do tribunal demandado*”.

É bem mais esclarecedora e feliz, por exemplo, a versão espanhola desta norma, que faz menção ao “*Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición*”. Na versão inglesa usa-se a expressão bem mais apropriada de “*court seised*”, o mesmo ocorrendo com a versão francesa – “*la juridiction saisie*”.

Desde que uma das partes tenha residência em Estado distinto daquele em que tenha sido apresentado o pedido de injunção europeia estamos, pois, perante um caso transfronteiriço.

7.2 Domicílio

Para a determinação do domicílio, valem as regras dos artigos 62.º e 63.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO L 351/1, de 20 de Dezembro de 2012).

Tal definição é feita à data da apresentação do requerimento de injunção de pagamento europeia, sendo irrelevantes as modificações ulteriores – cf. n.º 3 do artigo 3.º.

8. Formulários

Como os demais Regulamentos desta área de cooperação, o conjunto de preceitos em apreço foi acompanhado por formulários que visam normalizar, simplificar, superar as barreiras linguísticas e facilitar as comunicações.

Como novidade, e, atentas as ambições subjacentes ao RPEI de permitir o uso de mecanismos informáticos, a exemplo do que ocorre com o processo de injunção austríaco (“*Amtlich Gerichtlich-mannverfahren*”, que data já do ano de 1895 e consta dos §§ 244 e seguintes da “*Zivilprozessordnung*” da Áustria) e alemão (§§ 688 e seguintes da “*Zivilprozessordnung*” teutónica), introduziu-se a finalidade complementar de viabilizar o tratamento digital e automático da informação – Considerando 11.

9. Tipos de créditos

9.1 Objecto

São objecto deste diploma – (Considerando 6):

- a) dívidas;
- b) que se encontrem pendentes, ou seja, não tenham sido liquidadas, e
- c) que se mostrem “*juridicamente não controvertidas*”, i.e., relativamente às quais o litígio não exista.

9.2 Características obrigatórias

Para que os créditos possam ser cobrados sob a égide do Regulamento é necessário que os mesmos tenham, como características obrigatórias:

- a) natureza pecuniária, i.e., com expressão em moeda corrente no Estado-Membro de origem;
- b) serem líquidos, ou seja, apurados e totalmente determinados e;
- c) apresentarem-se como exigíveis, ou seja, susceptíveis de serem peticionados em termos presentes e não meramente futuros.

Estas características devem materializar-se “na data em que é apresentado o requerimento de injunção de pagamento europeia” – artigo 4.º.

Neste âmbito, foi patenteado pelo TJUE no processo Iwona Szyrocka contra SiGer Technologie GmbH, C-215/11, por decisão de 11 de abril de 2011, que: “Os artigos 4.º e 7.º, n.º 2, alínea c), do Regulamento n.º 1896/2006 devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que o requerente reclame, no âmbito de um requerimento de injunção de pagamento europeia, os juros relativos ao período compreendido entre a data do seu vencimento e a data do pagamento do crédito principal” e que “Quando é ordenado ao requerido que pague ao requerente os juros vencidos até à data do pagamento do crédito principal, o órgão jurisdicional nacional permanece livre de escolher as modalidades concretas para completar o formulário de injunção de pagamento europeia, que figura no Anexo V do Regulamento n.º 1896/2006, desde que o formulário assim preenchido permita ao requerido, por um lado, apreender sem nenhuma dúvida a decisão segundo a qual deve pagar os juros vencidos até à data do pagamento do crédito principal e, por outro, identifique claramente a taxa de juro e a data a partir da qual esses juros são reclamados”.

10. Funcionamento

O mecanismo processual criado pelo RPEI desenvolve-se entre dois polos: o “*Estado-Membro de origem*” – no qual se situa o “*Tribunal de origem*”, ou seja, aquele que emite uma injunção de pagamento europeia – e o “*Estado-Membro de execução*”, i.e, aquele em que é requerida a execução da aludida injunção.

No primeiro, é pedida a emissão do título e, no segundo, a cobrança coerciva do crédito titulado com “*vis*” executiva a partir de tal emissão.

O legislador europeu decidiu fornecer definições dos sujeitos desta forma de cooperação judiciária, o que fez no artigo 5.º.

No n.º 3 deste artigo, assume-se uma definição pragmática e não ontológica ou técnica de “*Tribunal*”, não se associando a figura à noção de órgão de soberania, entidade independente com o poder de solucionar litígios privados de interesses mediante subsunção de factos ao Direito, mas a uma mera atribuição prévia de competência, ou seja, a uma simples inclusão nominativa nas declarações nacionais transmitidas à Comissão em sede de preparação da entrada em vigor do Regulamento. Por isso se diz

integrar esse conceito “*qualquer autoridade de um Estado-Membro competente em matéria de injunções de pagamento europeias ou em quaisquer outras matérias conexas*” – n.º 3 do artigo 5.º.

Estamos, no entanto, situados em sede de cooperação judiciária, ou seja, perante colaboração que envolve órgãos jurisdicionais. Não se aceitaria, pois, como razoável, que se considerasse estarem aqui contemplados entes integrados no Poder Executivo, dependentes de Ministérios, Secretarias de Estado, ou Direcções-Gerais.

Não basta, também, para preencher o dito conceito, a mera acção no quadro físico de um Tribunal. O que importa é a essência das funções, a independência e não submissão aos poderes legislativo e executivo dos actores do processo.

É, pois, duvidoso, que devam assumir, aqui, relevo intervenções como a do “*Rechtspfleger*” (funcionário de Justiça) que emite o “*Mahnbescheid*” (injunção) no quadro do supra-referenciado “*Mahnverfahren*” austríaco e alemão ou de um secretário judicial nos sistemas português ou espanhol.

11. Competência judiciária

Com vista à aplicação do Regulamento, deve-se recorrer aos critérios de definição de competência judiciária actualmente constantes do “*Regulamento Bruxelas I bis*” (1215/2012).

No entanto, o n.º 2 do artigo 6.º cria uma regra especial de competência em matéria de actos de consumo final e não profissional em que seja Requerido um consumidor ao atribuir tal competência, a título exclusivo e com sobreposição relativamente às regras “*Bruxelas I*”, aos tribunais do Estado-Membro em que o requerido tenha domicílio, na acepção do artigo 59.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 (presentemente o artigo 62.º do Regulamento n.º 1215/2012).

12. Processo

12.1 Requerimento inicial

O processo de emissão da injunção europeia de pagamento inicia-se com um requerimento apresentado pelo credor, lançado num dos formulários anexos ao Regulamento – o formulário “A”, constante do Anexo I.

Nele devem ser insertas as menções e informações indicadas no artigo 7.º, sendo que o requerente não está dispensado de descrever os meios probatórios de sustentação da sua pretensão.

Quanto a esta matéria, o TJUE consignou, no processo processo C-215/11 acima referido, que “*O artigo 7.º do Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, que cria um procedimento europeu de injunção de pagamento, deve ser interpretado no sentido de que regula de modo exaustivo os requisitos que um requerimento de injunção de pagamento europeia deve preencher*”. Nenhunas outras condições podem, pois, ser reclamadas.

Dado que, nos termos do artigo 17.º, a acção prossegue se for apresentada declaração de oposição, o requerente pode declarar ao Tribunal que se opõe à prossecução dos autos caso essa oposição exista contando, para o efeito, com um espaço próprio no formulário constante do Anexo I.

Apesar da existência deste local específico no formulário do requerimento inicial, tal não significa que o requerente não possa tornar conhecida ulteriormente, perante o Tribunal, a sua vontade de que os autos prossigam, desde que o faça antes da emissão da injunção – *vd.* n.º 4 do artigo 7.º

Este número foi alterado pelo Regulamento (UE) n.º 2015/2421 e articulado com a nova redacção que este encadeado normativo deu ao artigo 17.º.

No novo regime, o requerente pode escolher entre dois processos, a utilizar em caso de oposição, a saber, os apontados na al. a) ou na al. b) do n.º 1 do artigo 17.º, *id est*, o processo europeu para acções de pequeno montante previsto no Regulamento (CE) n.º 861/2007, se aplicável, e “*qualquer processo civil nacional adequado*”.

No quadro normativo originário, o requerente apenas podia declarar que desejava que, caso o Demandado se opusesse, a acção prosseguisse “*nos tribunais competentes do Estado-Membro de origem, de acordo com as normas do processo civil comum*”.

Verifica-se, assim, um alargamento de regime orientado, entre outras finalidades, para a dinamização do uso do processo europeu para acções de pequeno montante assinalado por algum *deficit* de popularidade.

Por coerência com toda a vontade de modernizar e atender às novas tecnologias, já visível no Regulamento 1206/2001 sobre colheita de prova no espaço da União, o legislador admitiu que o requerimento inicial fosse apresentado “*por quaisquer outros meios de comunicação, inclusive electrónicos*” – cf. n.º 5 do artigo 7.º.

Claro está que esse uso só poderá ocorrer se: a) for aceite pelo Estado-Membro de origem e b) estiver disponível no Tribunal de origem.

Porém, caso se opte pela via electrónica, a assinatura do requerimento deve ser aposta nos termos do estabelecido no Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno e que revoga a Directiva 1999/93/CE – JOUE L257/73 de 28 de Agosto de 2014 (sendo que antes vigorava, neste domínio, o n.º 2 do artigo 2.º da Directiva 1999/93/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas – JO L 13/12 de 19 de Janeiro de 2000 – que foi transposta para a ordem jurídica nacional pelo Decreto-Lei n.º 62/2003 de 3 de Abril).

Comprometendo-se ainda mais com a inovação tecnológica, o Regulamento admite a dispensa da assinatura electrónica se e na medida em que existir, nos tribunais do Estado-Membro de origem, um “*sistema alternativo de comunicações electrónicas, acessível a determinado grupo de utilizadores autenticados, previamente registados, que permita a identificação segura desses utilizadores*” – n.º 6 do artigo 7.º.

Esta assinatura deve ser reconhecida no Estado-Membro de origem e não pode ser subordinada a requisitos suplementares.

12.2 Avaliação liminar

Nos termos do disposto no artigo 8.º do RPEI o requerimento é examinado liminarmente pelo Tribunal ao qual seja apresentado, para ponderação do cumprimento dos requisitos exigidos pelos artigos 2.º, 3.º, 4.º, 6.º e 7.º.

Ao fazer a análise do preenchimento destas exigências normativas, o Tribunal deve avaliar o carácter aparentemente fundado do pedido.

Neste domínio, é uma vez mais frágil a tradução em língua portuguesa, que refere o controlo da aparência de fundamentação o que é manifestamente distinto do visado, ou seja, da verificação prévia das condições de procedência (leia-se pois, “*aparência de existência de fundamento para o pedido*”). De novo mais feliz, a versão inglesa refere “*whether the claim appears to be founded*”. Também a versão francesa é mais esclarecedora e adequada à vontade do legislador ao patentear dever o Tribunal verificar “*si la demande semble fondée*”.

Esta avaliação liminar pode conduzir a um controlo oficioso das razões de procedência. A este propósito, o TJUE consignou, nos processos apensos *Bondora AS contra Carlos V. C.* (C-453/18) e *XY* (C-494/18), que o “artigo 7.º, n.º 2, alíneas d) e e), do Regulamento (CE) n.º 1896/2006 (...)” deve ser interpretado “no sentido de que permite a um “tribunal”, “na aceção do referido regulamento, ao qual é apresentado um requerimento de injunção de pagamento europeia solicitar ao credor informações adicionais relativas às cláusulas do contrato invocadas como fundamento do crédito em causa, a fim de efetuar uma fiscalização oficiosa do carácter eventualmente abusivo dessas cláusulas, e, conseqüentemente, de que se opõem a uma legislação nacional que declara inadmissíveis os documentos complementares fornecidos para esse efeito”.

Abrindo a porta aos mecanismos usados pelos sistemas austríaco e alemão, inspiradores do Regulamento, permite-se, porém, que a análise de um requerimento assumia a forma de um procedimento automatizado – como ocorre com o “*elektronischen Mahnverfahren*”, ou seja, com o processo digital sem juiz alemão e austríaco.

É admitida, no artigo 9.º, a prolação de despacho de aperfeiçoamento, a proferir sempre que se detectem vícios, excepto nos casos de manifesta falta de fundamento para a pretensão (como se verifica, por exemplo, face a pedido assente em factos não geradores de qualquer débito contratual) ou de inadmissibilidade do petitório (por exemplo quando é apresentada pretensão sem conexão transfronteiriça ou à margem da matéria civil e comercial).

Caso se justifique tal despacho, cabe ao juiz fixar o prazo, prorrogável, em que requerente deverá completar ou rectificar o requerimento.

Com vista à fixação deste prazo não são indicados outros critérios para além do da “*adequação às circunstâncias*”. Entre as condições relevantes para a dilatação do prazo militam, seguramente, a distância geográfica e a complexidade do processo de obtenção dos meios documentais em falta.

12.3 Admissibilidade parcial e alteração do pedido

Se os requisitos referidos no artigo 8.º estiverem preenchidos apenas em relação a uma parte do pedido, deverá ser emitida uma injunção reduzida em conformidade.

No processo de fixação do valor, o Tribunal deve ouvir o requerente, nos termos do disposto no artigo 10.º, usando um formulário próprio para o efeito – o formulário C constante do Anexo III – e informando-o das conseqüências da sua decisão.

Se o requerente aceitar a proposta de injunção de pagamento europeia no montante fixado pelo órgão jurisdicional, será este o constante do título a emitir nos termos do artigo 12.º.

Quanto ao valor remanescente e exercício das faculdades postas em crise, valem as regras emergentes do direito interno devendo ser avaliado o peticionado em sede de processo nacional e, ulteriormente, acolhido e executado extramuros o decidido, no quadro do Regulamento “Bruxelas I bis ou reformulado”.

Caso o requerente não envie a sua resposta no prazo fixado ou recuse a proposta do Tribunal, este deve rejeitar na totalidade o requerimento de emissão de injunção.

12.4 Recusa do requerimento

O requerimento só pode ser recusado pelo Tribunal se:

- a) Não incidir sobre matéria civil e comercial no sentido do artigo 2.º;
- b) A questão não tiver incidência transfronteiriça – artigo 3.º;

- c) Não se visar a cobrança de créditos pecuniários líquidos e exigíveis – artigo 4.º;
- d) O Tribunal não for internacionalmente competente nos termos do estatuído no artigo 6.º;
- e) Tiver ocorrido omissão de cumprimento dos requisitos ínsitos no artigo 7.º e o requerente não tiver enviado a sua resposta de aperfeiçoamento no prazo fixado pelo Tribunal nos termos do n.º 2 do artigo 9.º
- f) O pedido for manifestamente infundado;
- g) Confrontado pelo Tribunal com proposta de emissão parcial do título, o requerente não enviar a sua resposta no prazo fixado ou recusar tal proposta – artigo 10.º.

12.5 Notificação

É obrigatória a notificação ao requerente das razões da rejeição da pretensão.

Esta não é susceptível de ser impugnada através de recurso, restando àquele usar os meios internos adequados para fazer valer o seu crédito, ou apresentar novo requerimento de injunção de pagamento europeia.

Esta última faculdade mitiga os efeitos aparentemente perturbadores que brotam da proscricção do recurso.

12.6 Emissão da injunção

Não havendo fundamentos de rejeição e afastadas as dificuldades geradoras de um despacho liminar de aperfeiçoamento, o Tribunal deve emitir a injunção de pagamento europeia no prazo de 30 dias.

Não podendo ser respeitado este lapso temporal, deve ser realizada essa emissão no prazo “mais curto possível” – cf. artigo 12.º – mediante uso do formulário “E”, constante do Anexo V.

12.7 Opções

No documento de injunção, o requerido é avisado de que pode optar entre:

- a) Pagar ao requerente o montante indicado na injunção;

ou

- b) Deduzir oposição – apresentada ou enviada ao Tribunal de origem no prazo de 30 dias a contar do momento da sua citação ou notificação.

Devem ser-lhe transmitidas, nessa ocasião, as informações indicadas no n.º 4 do artigo 12.º relativas à unilateralidade das informações geradoras da injunção e às consequências da não oposição (entre as quais avulta a atribuição, à ordem judicial, de força executiva),

12.8 Declaração de oposição

Se for apresentada declaração de oposição no lapso temporal definido, a acção perde a sua dimensão europeia e segue os seus termos de acordo com a escolha prévia do Requerente, ou seja, com submissão ao regime do processo europeu para acções de pequeno montante previsto no Regulamento (CE) n.º 861/2007 ou às regras “*de qualquer processo civil nacional adequado*”.

Só não será assim se o requerente tiver pedido, no requerimento inicial, que o processo termine em caso de oposição.

Para o efeito de permitir ao requerido a dedução da sua oposição, é-lhe entregue,

logo no momento da sua citação ou notificação, o formulário próprio para o efeito – formulário “F”, constante do Anexo VI.

Para deduzir uma oposição válida, o requerido não é obrigado a especificar os fundamentos da contestação, podendo apresentá-la também por meios electrónicos aceites pelo Estado-Membro de origem e disponíveis no Tribunal de origem.

É obrigatoriamente “*comunicado ao requerente se o requerido deduziu oposição ou se houve passagem da ação para qualquer das formas de processo civil*” – n.º 5 do artigo 17.º

12.9 Citação e notificação

A injunção é citada ou notificada ao requerido com submissão ao Direito interno sendo que, porém, deverão ser respeitadas as normas mínimas acima referidas e constantes dos artigos 13.º, 14.º e 15.º.

12.10 A injunção de pagamento europeia com força executiva e a supressão do “*exequatur*”

Perante a ausência de tempestiva oposição, o Tribunal de origem “*declara imediatamente executória a injunção de pagamento europeia, utilizando para o efeito o formulário normalizado G, constante do Anexo VII*” – artigo 18.º, n.º 1.

A partir desse momento, a injunção, que é enviada ao requerente, circula livremente no espaço europeu como decisão exequível em qualquer Estado -Membro, com dispensa de mecanismos de “*exequatur*” – artigo 19.º

Num tal contexto, é reconhecida e executada nos outros Estados-Membros “*sem que seja necessária uma declaração de executoriedade e sem que seja possível contestar o seu reconhecimento*” – *ibidem*.

É a lei do Estado-Membro de origem a definir os requisitos formais de executoriedade.

12.11 Reapreciação

Esgotado o prazo de oposição, o requerido ainda pode pedir a reapreciação da injunção ao Tribunal que a tenha emitido se:

- a) Não tiver podido exercer plenamente o seu direito de defesa, tendo sido citado ou notificado sem prova de recepção pessoal;
- b) Tiver sido impedido de contestar o crédito:
 - b.1. por motivo de força maior ou;
 - b.2. devido a circunstâncias excepcionais;
 - b.3. sem culpa sua.
- c) A injunção tiver sido emitida de forma claramente indevida, ou seja, violando os requisitos estabelecidos no Regulamento;
- d) Tiverem ocorrido outras circunstâncias excepcionais – que o legislador não identifica e deverão ser detectadas atendendo não só ao seu carácter excepcional mas também ao paralelismo com as expressamente indicadas.

12.12 O artigo 23.º

Nestes casos, o Tribunal competente do Estado-Membro de execução pode, a pedido do requerido, nos termos do disposto no artigo 23.º:

- a) Limitar o processo de execução a providências cautelares;
- ou
- b) Subordinar a execução à constituição de uma garantia, que lhe compete determinar;

ou

c) Em circunstâncias excepcionais, suspender o processo de execução.

12.13 Desfechos possíveis

Caso o pedido de reapreciação seja julgado procedente, a injunção é declarada nula, mantendo-se se assim não acontecer.

13. Direito aplicável

Às matérias atinentes ao processado conducente à declaração de executoriedade da injunção aplicam-se as normas do Regulamento e, nas áreas por este não reguladas expressamente, as do Estado-Membro de origem.

Já quanto à execução do título assim formado, rege a lei do Estado-Membro de execução – artigo 21.º.

14. Execução

“A injunção de pagamento europeia que tenha adquirido força executiva é executada nas mesmas condições que uma decisão executória proferida no Estado-Membro de execução” – n.º 1 do artigo 21.º.

Vale como título executivo, nesse Estado, *“uma cópia da injunção de pagamento europeia, declarada executória pelo tribunal de origem, que reúna as condições necessárias para comprovar a sua autenticidade”* devidamente traduzida, se necessário – n.º 2 de tal artigo.

15. Recusa de execução

A execução só pode ser recusada pelo Tribunal competente do Estado-Membro de execução a pedido do requerido se, nos termos do artigo 22.º:

- a) A injunção for incompatível “com uma decisão anteriormente proferida em qualquer Estado-Membro ou país terceiro” que:
 - a.1 diga respeito à mesma causa de pedir e às mesmas partes;
 - a.2. reúna as condições necessárias ao seu reconhecimento no Estado-Membro de execução; e
 - a.3. não tiver sido possível alegar a incompatibilidade durante a acção judicial no Estado-Membro de origem.
- b) Tiver ocorrido pagamento do montante titulado.

16. Impossibilidade de reapreciação quanto ao mérito

Está totalmente vedada a reapreciação da injunção, quanto ao mérito, no Estado-Membro de execução.

17. Patrocínio judiciário

Não é obrigatória a constituição de advogado ou outro profissional do foro quer para a dedução do requerimento de emissão da injunção quer para a declaração de oposição, o que impõe um maior cuidado do Tribunal com a garantia de exercício de direitos e informação às partes – artigo 24.º.

18. Custas judiciais

Este processo implica o pagamento de custas (que compreendem também os encargos) sendo as mesmas, porém, limitadas pela dimensão das custas judiciais de um processo civil comum no Estado-Membro de origem que não seja precedido do procedimento europeu de injunção de pagamento.

Neste âmbito, o princípio da limitação de custos surgiu reafirmado pelo Regulamento (UE) n.º 2015/2421 ao conferir nova redacção ao n.º 1 do artigo 25.º em termos que confirmaram o anteriormente regulado.

Com efeito, definiu-se, por um lado, de forma clara e expressa, que o valor *“total das custas processuais do procedimento europeu de injunção de pagamento e do processo civil subsequente em caso de declaração de oposição (...) não pode ser superior às custas”* *“processuais do processo civil na aceção do artigo 17.º, n.º 1, alíneas a) ou b)”* e, por outro, proscreveu-se a cobrança, nos Estados-Membros, de *“custas processuais suplementares pelo processo civil subsequente à declaração de oposição (...) se as custas processuais de tal processo nesse Estado-Membro forem inferiores às do procedimento europeu de injunção de pagamento.”*

Assim se assegurou, pois, pelas duas vias possíveis, que o processo europeu de injunção gozasse de neutralidade *“tributária”*.

A alternativa seria intolerável já que se estaria a pactuar com condições de agravamento de dispêndios que, em termos comparativos, retirariam capacidade atractiva, na perspectiva dos cidadãos e das empresas, ao processo europeu de injunção, o que resultaria em risco sério de frustração dos objectivos visados pelo legislador europeu.

Foi neste sentido que o TJUE fixou, no processo acima referido que opôs *Iwona Szyrocka a SiGer Technologie GmbH*, o entendimento assim expresso: *“O órgão jurisdicional nacional, ao abrigo do artigo 25.º do referido regulamento e sem prejuízo dos requisitos enunciados neste artigo, permanece livre de determinar o montante das custas judiciais de acordo com as modalidades previstas no seu direito nacional, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as que regulam situações semelhantes sujeitas ao direito interno e, na prática, não tornem impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito da União”*.

B. O processo europeu para acções de pequeno montante

1. Origens

O Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de julho de 2007 que estabelece um processo europeu para acções de pequeno montante” (doravante também referenciado como “RAPM”) in JOUE L 199/1, de 31 de Julho 2007, teve génese comum com o anteriormente descrito.

Sofreu, como ele, alteração relevante introduzida pelo já referido Regulamento (UE) 2015/2421.

Foi, ainda, modificado pelo Regulamento (UE) N.º 517/2013 do Conselho, de 13 de Maio de 2013, in JOUE L 158/1, de 10 de Junho de 2013, que alterou anexos, e pelo Regulamento delegado (UE) 2017/1259 da Comissão, de 19 de junho de 2017, in JOUE L 182/1, de 13 de Julho de 2017, que procedeu à substituição de formulários anexos. Foi, também, objecto de uma rectificação – v.d. o JOUE L141/118, de 05 de Junho de 2015.

Foram similares as motivações subjacentes à sua produção e os objectivos visados.

Pretendeu-se, mais uma vez, simplificar e acelerar os processos judiciais em casos transfronteiriços e suprimir a desproporção entre a complexidade processual, despesas

geradas e extensão dos prazos envolvidos e a dimensão pecuniária dos créditos cuja cobrança é procurada nesta sede.

A iluminar todo o regime está, tanto aqui como no encadeado de normas anteriormente analisado, a vontade de melhorar o acesso à justiça, corrigir distorções da concorrência no mercado interno decorrentes da diversidade e assimetria dos dispositivos utilizáveis pelos credores em cada Estado-Membro e instalar o princípio da proporcionalidade na produção de despesas. Mais se quis, quanto a estas, que o seu processo de fixação fosse transparente, ou seja, conhecido à partida e, logo, previsível.

2. Objectivo

O aludido conjunto de regras visa um duplo objectivo, a saber:

- a) estabelecer um processo europeu para acções de pequeno montante – § 1.º do artigo 1.º;
- b) suprimir os processos intermédios conducentes ao reconhecimento e execução, noutros Estados-Membros da União, das decisões proferidas sob a égide de tal processo – § 2.º do artigo 1.º.

3. Objecto

O RAPM aplica-se:

- a) a casos transfronteiriços;
- b) com natureza civil ou comercial – independentemente da natureza do órgão jurisdicional envolvido na sua avaliação (são invocáveis e relevantes, nesta sede, os arestos integrantes da jurisprudência do TJUE supra indicados);
- c) em que o valor do pedido não exceda 5.000 EUR [dimensão pecuniária introduzida pelo Regulamento (UE) 2015/2421 e admissível desde 15 de Julho de 2017, sendo de 2000 EUR o montante que constava da redacção primitiva do n.º 1 do artigo 2.º, vigente até essa data]; este quantitativo é definido no momento em que o formulário de requerimento inicial seja recebido no Tribunal; excluem-se, no seu cálculo, os juros, os custos e quaisquer outras despesas.

4. Carácter transfronteiriço

A noção legal de caso transfronteiriço é idêntica à vertida no Regulamento sobre o processo europeu de injunção.

O que releva para a verificação de um caso com esta caracterização é, assim, a existência de domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do Estado-Membro do Tribunal ao qual a situação seja apresentada. A determinação do domicílio faz-se, de forma similar, por apelo ao disposto nos artigos 62.º e 63.º do referido Regulamento (UE) n.º 1215/2012.

Tal carácter revela-se no momento da recepção, no Tribunal, do formulário de requerimento inicial (formulário “A”).

5. Aplicação territorial

Por a Dinamarca não ter aderido à dinâmica de integração posterior ao Tratado de Amesterdão, o RAPM também não a vincula, pelo que este Estado-Membro não está submetido à sua aplicação.

6. Aplicação no tempo

O presente Regulamento é totalmente aplicável desde o dia 1 de Janeiro de 2009.

7. Exclusões

Tal como os anteriores desta área de cooperação, o regulamento sob exegese não abrange créditos de natureza fiscal, aduaneira e administrativa, nem relativos à responsabilidade do Estado por actos e omissões no exercício do poder público (“*acta jure imperii*”).

Da mesma forma, não tem incidência sobre: a) questões relacionadas com o estado ou a capacidade das pessoas singulares; b) direitos patrimoniais decorrentes de regimes matrimoniais, de obrigações de alimentos, de testamentos e de sucessões; c) falências e concordatas em matéria de falência de sociedades ou outras pessoas colectivas, os acordos de credores ou outros procedimentos análogos; d) segurança social; e) arbitragem; f) direito do trabalho; g) arrendamento de imóveis, excepto em acções pecuniárias e h) violações da vida privada e dos direitos da personalidade, incluindo a difamação.

8. Direito aplicável

O processo europeu para acções de pequeno montante rege-se pelas normas do Regulamento sob avaliação e, nas áreas por ele não contempladas, pelo direito processual do Estado-Membro em que a tramitação ocorra – cf. artigo 19.º – sendo que, na fase executiva, rege a lei do Estado-Membro de execução nos domínios não abrangidos por regulação específica do encadeado de normas sob avaliação – n.º 1 do artigo 21.º.

9. Carácter facultativo

Tal como no Regulamento cuja exegese se concluiu, também aqui o recurso ao dispositivo comum é facultativo e deixa intocadas as formas de intervenção permitidas neste domínio pelas legislações internas dos Estados-Membros. Com efeito, o processo europeu para acções de escassa quantia constitui uma mera alternativa disponibilizada aos litigantes de “baixa densidade” relativamente aos processos previstos pelas legislações internas dos Estados-Membros.

10. O processo justo e equitativo

Este é mais um conjunto de preceitos da área da cooperação judiciária europeia em matéria civil e comercial comprometido com a promoção dos direitos fundamentais de materialização processual e que, por essa razão, impõe o respeito rigoroso pelo direito a um julgamento equitativo e pelo princípio do contraditório, com particular relevo, quanto a este, para o respeito do direito de audição da parte demandada e para a não dispensa da demonstração probatória.

11. As novas tecnologias

Acentua-se, nele como no Regulamento relativo ao Processo Europeu de Injunção, a importância do recurso às novas tecnologias, genericamente referenciadas como tecnologias de “e-justiça”, sugerindo-se o seu uso no domínio das audiências (permite-se o uso da vídeo-conferência ou de outras tecnologias de comunicação

na sua realização – vd. artigo 8.º) e da produção de prova [cabendo, aqui, claro, proposta de uso da videoconferência conforme já avançado pelo Regulamento (CE) n.º 1206/2001].

No campo das comunicações, Portugal declarou aceitar, para além do comum correio postal sob registo, a telecópia e meios de transmissão electrónica de dados.

12. A simplicidade dos meios

Atendendo à escassa dimensão pecuniária dos créditos envolvidos, o dispositivo impõe o uso de recursos simétricos, *i.e.*, meios instrutórios simples e económicos, logo adequados à dimensão do crédito peticionado.

13. Patrocínio judiciário e apoio às partes

A representação por advogado ou outro profissional do foro não é obrigatória.

Particularmente por tal facto, impõe-se às autoridades que nele intervêm que prestem assistência prática às partes, aqui se incluindo informação técnica sobre a existência dos formulários anexos e forma de preenchimento, bem como prazos envolvidos e consequências da sua ultrapassagem.

Cumpra aos funcionários do órgão jurisdicional envolvido prestar informações sobre aspectos processuais emergentes da sua lei nacional.

Nesta linha, dispensa-se também, com vista a produzir rapidez e poupança de recursos económicos, que a parte que requeira a execução tenha um representante autorizado no Estado-Membro de execução ou, sequer, que forneça um endereço postal nesse Estado, com “*excepção do endereço de um agente competente para o processo de execução*” – vd. n.º 3 do artigo 21.º e Considerando 32.

14. Celeridade das intervenções

De tal forma se busca a celeridade que o Tribunal que intervenha fazendo uso deste processado deve sempre, mesmo que não esteja expressamente fixado qualquer prazo para a sua acção, decidir com a maior rapidez possível.

Ainda com a celeridade e simplificação em vista, afasta-se o efeito suspensivo dos recursos previstos a nível interno, com dispensa da prestação de caução, o que determina que a decisão proferida seja imediatamente executória – vd. n.º 1 do artigo 15.º.

15. Prazos

A contagem dos prazos envolvidos é feita, aqui como noutros dispositivos desta área, mediante aplicação do Regulamento (CEE, Euratom) n.º 1182/71 do Conselho, de 3 de Junho de 1971, relativo à determinação das regras aplicáveis aos prazos, às datas e aos termos.

16. A intervenção de juiz

Ao contrário do que ocorre em outros diplomas deste domínio do Direito da União Europeia, não há ambiguidade quanto ao órgão decisório falando-se em “*órgão jurisdicional*” e exigindo-se expressamente a intervenção de juiz, ou seja, de profissional isento e independente, inserido no Terceiro Poder do Estado e protegido, nesse exercício, por uma couraça estatutária que lhe garanta essas características funcionais – vd. Considerando 27.

17. Processo

O processo está descrito, essencialmente, nos artigos 4.º a 14.º.

Deles de extrai como contornos fundamentais das regras de Direito adjectivo aí vertido:

- a) O processo inicia-se mediante preenchimento e entrega de um formulário (“A”), denominado de “*requerimento*” – que deverá estar disponível em todos os Tribunais em que o processo possa ser iniciado – dirigido ao Tribunal competente por qualquer meio aceite pelo Estado-membro desse órgão jurisdicional (incluindo o correio electrónico), englobando elementos obrigatórios (descrição das provas que sustentam o pedido) e eventuais (documentos comprovativos).
- b) Sobre este requerimento pode incidir despacho de aperfeiçoamento – para que o requerimento seja completado ou rectificado e para que sejam fornecidos informação ou documentos suplementares – impondo-se a comunicação do Tribunal com o requerente para este efeito (mediante envio do formulário “B”) ou para revelação da não aplicabilidade do Regulamento ao caso concreto;
- c) É possível o indeferimento imediato do pedido se este se mostrar manifestamente infundado ou o se requerimento for inaceitável; o pedido será também indeferido caso o o requerente não complete ou rectifique o seu formulário de requerimento no prazo fixado;
- d) O processo é escrito;
- e) É admissível, mas não obrigatória, a realização de uma audiência de discussão e julgamento – esta realiza-se face a insuficiência demonstrativa dos elementos escritos ou perante requerimento fundado de uma das partes, aceite pelo órgão jurisdicional (sendo que o indeferimento só é impugnável com a impugnação da decisão final);
- f) Deve ser transmitida ao requerido cópia dos documentos comprovativos, acompanhada do formulário de resposta, no prazo de 14 dias a contar da recepção do formulário inicial;
- g) O requerido deve enviar a sua resposta nos mesmos termos, no prazo de 30 dias, através do preenchimento da parte II do formulário de resposta, modelo “C”, fazendo-a acompanhar dos documentos comprovativos tidos por pertinentes;
- h) O requerente é notificado desta resposta e desses documentos (no lapso temporal de 14 dias);
- i) É possível deduzir pedido reconvençional, sendo também de 30 dias o prazo de contestação da reconvenção; porém, o processo não seguirá sob o regime descrito, mas sob as regras de Direito processual interno se o valor do pedido reconvençional for superior a 5000 Euros;
- j) Devem ser usadas a língua ou as línguas do Estado-Membro do órgão jurisdicional, com as restrições e regime constantes do artigo 6.º;
- k) A decisão deve ser proferida no prazo de 30 dias ou deverão ser pedidos esclarecimentos, produzida prova, ou realizada a audiência, nesse prazo; após estas diligências, é, de novo, aquele o lapso temporal de prolação da decisão final;
- l) A audiência é realizada fazendo uso da tecnologia de comunicação à distância que se revele adequada e se encontre à disposição do órgão jurisdicional, merecendo destaque, a este nível, a videoconferência ou a teleconferência;
- m) A audiência só não decorrerá remotamente se as circunstâncias particulares do caso apontarem o uso dos meios tecnológicos de contacto não presencial como inadequados “para assegurar a tramitação equitativa do processo”;

- n) A colheita de prova pericial ou a recolha de depoimentos orais só se realizam se as mesmas se revelarem indispensáveis para a decisão;
- o) As partes não são obrigadas a pronunciar-se sobre a vertente jurídica da pretensão.
- p) A tentativa de conciliação não é obrigatória, mas deve realizar-se caso se justifique, ou seja, se tiver hipóteses de sucesso.

18. Supressão do “*exequatur*”

Também este diploma assume como elemento central da sua intervenção a supressão dos mecanismos de acolhimento interno e conversão da sentença estrangeira em título executivo, em coerência com a nova linha de orientação vivida na produção normativa deste sector temático após o ano 2004 [mais propriamente, depois da entrada em vigor do Regulamento Bruxelas II bis – Regulamento (CE) N.º 2201/2003 do Conselho de 27 de Novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000].

Não podia deixar de assim ser já que se pretendeu conferir rapidez ao processo de cobrança coerciva de pequenos créditos.

Proscreevem-se, por esta via, com efeitos flagrantes na produção de celeridade e eficácia, os processados intermédios afastando-se, designadamente, a possibilidade de contestar o acolhimento interno da decisão estrangeira.

Com vista à execução, tem que ser pedida ao Tribunal que tenha proferido a decisão uma certidão que patenteie a imposição do pagamento. Para o efeito, esse Tribunal deverá utilizar um formulário pré-aprovado (modelo “D”, constante do anexo IV) – artigo 20.º, n.º 2.

19. Normas mínimas

Na fase da revisão da decisão (vd. o artigo 18.º), valem normas mínimas inspiradas por motivação coincidente com a que fundou a adopção de regras similares no Regulamento sobre a Injunção Europeia de Pagamento e que se reportam ao controlo da adequação da transmissão de conhecimento relativo à apresentação do requerimento inicial do processo, disponibilidade do devido tempo de oposição e eventual impossibilidade de contestação por motivo de força maior ou verificação de “*circunstâncias extraordinárias*” (a ponderar em termos casuísticos).

Tais regras destinam-se, pois, a garantir o contraditório e assegurar a proibição da indefesa, protegendo o requerido que não tenha tido a possibilidade de contestar o pedido.

20. Revisão

Concede-se ao Demandado a faculdade de peticionar, perante o Tribunal responsável pela sua prolação (no prazo improrrogável de 30 dias “*a contar do dia em que o requerido tomou efetivamente conhecimento do conteúdo da decisão e teve a possibilidade de reagir, ou, o mais tardar, a contar do dia em que a primeira medida de execução tenha por efeito tornar indisponíveis os seus bens, na totalidade ou em parte*”), a revisão da decisão proferida no processo em apreço.

Em caso de procedência do pedido de revisão, a decisão considera-se “*nula e sem efeito*”, sendo válida e exequível em toda a Europa na situação oposta – cf. n.º 3 do artigo 18.º.

Porém, mesmo neste último caso, subsistem os efeitos da interrupção de quaisquer prazos de prescrição ou caducidade.

21. Recurso

O artigo 17.º estabeleceu um regime de mera remissão no domínio dos recursos, deixando aos Estados-Membros a sua viabilização, apenas lhes impondo a transmissão à Comissão de informação sobre a possibilidade de impugnar judicialmente a decisão proferida no seio deste processado, respectivo prazo e “*órgão jurisdicional*” perante o qual o recurso “*deve ser interposto*” – cf. artigos. 17.º, n.º 1 e 25.º n.º 1, al. g).

22. Despesas do processo

A parte vencida não está dispensada de suportar as despesas do processo, sendo que as mesmas deverão ser sempre justificadas e proporcionais ao valor do pedido.

Este regime aplica-se também às impugnações judiciais – cf. n.º 2 do artigo 17.º

Com vista a dinamizar o uso do mecanismo, o legislador europeu estabeleceu um regime de limitação das custas do processo que tem como baliza superior o valor das “*custas processuais cobradas no âmbito dos processos simplificados nacionais*” no Estado-Membro em que corra o processo europeu para acções de pequeno montante.

Nesta linha, o TJUE decidiu, com particular relevo, no processo *Rebecka Jonsson contra Société du Journal L'Est Républicain*, Processo C-554/17, que: “O artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 861/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, que estabelece um processo europeu para acções de pequeno montante, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional nos termos da qual, quando uma parte apenas obtém vencimento parcial, o órgão jurisdicional nacional pode ordenar que cada uma das partes no processo suporte as suas próprias despesas ou pode repartir essas despesas entre as partes. Nessa hipótese, o órgão jurisdicional nacional pode, em princípio, determinar livremente a repartição das referidas despesas, desde que as regras processuais nacionais de repartição das despesas do processo em acções de pequeno montante transfronteiriças não sejam menos favoráveis do que as regras que regulam situações semelhantes sujeitas ao direito interno e que as exigências processuais ligadas à repartição dessas despesas processuais não levem as pessoas interessadas a renunciar a fazer uso do processo europeu para acções de pequeno montante, impondo ao requerente que tenha amplamente obtido vencimento que ainda assim suporte as suas despesas do processo ou uma parte substancial das mesmas”.

A emissão do título (certidão) não produz custos cobráveis, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 20.º.

A cooperação europeia e a gestão operacional dos sistemas de tecnologia da informação no âmbito do Espaço de liberdade, segurança e justiça: deslindando o futuro da União?

Larissa Coelho*
Sandra Nunes**

1. Introdução

O processo de integração europeu e a globalização são responsáveis por alterar não apenas a compreensão do direito e da justiça, mas a própria forma como estes interagem com a sociedade. Dantes limitados às páginas dos códigos e à barra dos tribunais, o direito e a justiça hoje transpõem fronteiras e, em constante diálogo com diversos ordenamentos e sistemas jurídicos, evoluem ao mesmo tempo que se busca uma simplificação através da digitalização. A justiça eletrónica, e em específico a justiça eletrónica europeia, é uma política em processo de construção, na qual se pretende um acesso simplificado à justiça, com procedimentos jurídicos transfronteiriços mais próximos dos cidadãos, das empresas e dos próprios agentes judiciários.

Neste ínterim, a procura por soluções que melhor informem, que ofereçam um acesso facilitado e rápido a essas mesmas informações e que permita uma interligação e interoperabilidade entre os sistemas dos Estados-Membros é um dos desafios para a União Europeia e seu espaço jurídico, especialmente porque, em razão da livre circulação de pessoas e do mercado interno, as interações interpessoais e comerciais são cada vez mais constantes.

Deste modo, para se poder descobrir o futuro do direito e da justiça na União, é preciso compreender as soluções apresentadas no passado e no presente no campo onde estes mesmos institutos se desenvolvem, qual seja, o *espaço de liberdade, segurança e justiça* (a seguir, ELSJ) que, numa fase embrionária, se desenrolou sob o prisma de uma cooperação pragmática até se consolidar com o Tratado de Amsterdão (1997), mas que, em função da revolução tecnológica, se transforma por completo e “[...] o resultado [tem o tornado] bem distinto do que se havia vivido na tranquila e próspera Europa ocidental depois da Segunda Guerra Mundial”.¹

* Docente da Escola de Direito da Universidade do Minho e Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas (UMinho), com bolsa de doutoramento atribuída pela FCT – Fundação para a Ciência e Tecnologia.

** Oficial de Ligação na Agência da União Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (eu-LISA).

As opiniões expressas neste contributo são da exclusiva responsabilidade das Autoras e não das instituições às quais pertencem.

¹ Cfr. David Ordóñez Solís, “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 119 (enero-marzo, 2003): 447-448 (tradução nossa).

Assim, o artigo que se segue pretende apresentar ao leitor as interdependências dos elementos que compõem esse espaço, ou seja, a liberdade, a segurança e a justiça optando por uma divisão didática compreendida em 3 tópicos: o passado, o presente e o futuro, partindo de uma análise espaciotemporal delimitada sob o prisma da construção e consolidação do ESLJ, com um foco especial no que toca à sua atual estruturação, pós Tratado de Lisboa (2009), que ganha um novo impulso com a criação de agências supranacionais, como a eu-LISA, e de programas que primam pela cooperação e coordenação,² pensados para fazer frente aos novos desafios do século XXI que transformam o espaço público europeu ao requererem uma maior interação entre a liberdade, a segurança, a justiça, a informação e a tecnologia.

2. Antecedentes do ELSJ: de Roma a Nice – as realizações concretas para a construção de uma Europa em conjunto

Embora o ELSJ só venha a conhecer esta formulação a partir de 1997, as ideias que lhe subjazem têm vindo a ser construídas desde o início do processo de integração, visto que a sedimentação de um “espaço jurisdicional europeu” exigiu a transferência de poderes soberanos por parte dos Estados-Membros à União Europeia,³ que foram ocorrendo de forma paulatina, indo ao encontro da declaração de Robert Schuman, proferida em 1950 de que a “Europa não se fará de um só golpe, nem de uma construção de conjunto: far-se-á por meio de realizações concretas que criem em primeiro lugar uma solidariedade de facto”.⁴

O primeiro passo nesse sentido foi dado ainda na década de 1960 quando se colocou em funcionamento a União Aduaneira, pautada por uma cooperação interestadual que tinha como objetivo estabelecer uma assistência mútua entre as autoridades aduaneiras com a finalidade de prevenir, investigar e reprimir infrações às legislações nacionais e comunitárias. Esta pode ser considerada a gênese do intercâmbio entre os Estados-Membros e, portanto, da cooperação transfronteiriça. Na década seguinte, com uma ampliação dos fenómenos observados pela Comunidade Europeia, especialmente os relacionados com as migrações, asilo, criminalidade transfronteiriça e tráfico de drogas, verificou-se que a então cooperação interestadual se transformava numa cooperação intergovernamental, visto que o intercâmbio passaria a ser o de experiências, informação e conhecimento técnico.⁵ No entanto, “[...] a simples cooperação entre os Estados-Membros, no lugar de um trabalho conjunto em todo o território da Comunidade ofereceu sérios inconvenientes, pois carecia de uma estrutura integrada de alcance propriamente comunitário”.⁶

Ao mesmo tempo, o processo de integração parecia estagnado visto que embora a livre circulação de pessoas, matéria inserida no âmbito das liberdades económicas, estivesse devidamente regulamentada nos tratados fundadores e configurasse como um ponto assente, essa liberdade não se encontrava na esfera jurídica de todas as pessoas, assim como os mecanismos de cooperação judiciária eram tratados apenas com referências

² Cfr. Francisco Javier Donaire Villa e Andreu Olesti Rayo (coords.), *Técnicas y ámbitos de coordinación en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* (Madrid: Marcial Pons, 2015), 9.

³ Cfr. Ordóñez Solís, “El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea”, 449.

⁴ Cfr. “Declaração Schuman”, Centro de Informação Europeia Jacques Delors, acesso em 04 de junho de 2020, <https://eurocid.mne.gov.pt/eventos/declaracao-schuman-70o-aniversario>.

⁵ Cfr. José Carlos Fernández Rozas, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 4 (2004): 1-2.

⁶ Cfr. Fernández Rozas, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado”, 2 (tradução nossa).

muito genéricas, regulados de acordo com o direito dos tratados internacionais.

Deste modo, para se conseguir atingir o objetivo impresso nos tratados fundadores era necessário abolir os obstáculos que impediam a liberdade de movimento entre os Estados-Membros, realidade que só começou a ser assente nos anos oitenta, mas que enfrentava os problemas herdados da década anterior, nomeadamente um alto índice de desemprego, inflação, recessão, baixo desenvolvimento, o que contribuiu para a sensação de paralisia, “[...] [p]ara muitos, a Comunidade estava agonizante, estagnada, incapaz de encontrar uma saída para a perturbação económica e política que enfrentava”.⁷ Perante este cenário, o Ato Único Europeu (1986) simbolizou uma lufada de ar fresco ao criar e dinamizar o mercado interno, visto que, embora este estivesse presente no espírito do Tratado de Roma, que previa que o mesmo estaria operativo até 1969, na prática poucas tinham sido as alterações.

Assim, foi o Ato Único o responsável pelo relançamento das liberdades económicas (livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais), mas também da política social, do meio ambiente, da pesquisa e do desenvolvimento tecnológico, colocando fim à cooperação intergovernamental, culminando em 1992 com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht e a implementação de uma esfera de cooperação com atenção aos interesses em comum no âmbito da Justiça e Assuntos Interior no terceiro pilar.⁸

Paralelamente, ainda nos meandros dos acontecimentos da década de oitenta, alguns Estados-Membros viabilizaram a construção de um espaço no qual fosse garantida a livre circulação e residência, fundamentado no princípio da confiança mútua e na premissa da eliminação do conceito de fronteiras internas e no reforço das fronteiras externas. Este acordo intergovernamental, realizado às margens da Comunidade Europeia ficou conhecido por Acordo Schengen (1985), sendo posteriormente complementado por uma Convenção (1995), cujos principais objetivos eram abolir as fronteiras internas, estabelecendo um regime de livre circulação de pessoas independente da nacionalidade e o estabelecimento de uma fronteira exterior comum, que abrange as fronteiras terrestres, aéreas e marítimas, cabendo à Convenção harmonizar os requisitos e condições para tais travessias.⁹

Com o fim da guerra fria e a queda do Muro de Berlim, a Europa sem fronteiras foi-se tornando realidade, caminhando de mãos dadas com a globalização e a revolução tecnológica que popularizou a comunicação móvel e a *internet*, dinamizando setores como o turismo, a comunicação social e os transportes. Esta mudança na arquitetura global exigiu uma nova postura da União Europeia, traduzida no Tratado de Amsterdão com a introdução em capítulos próprios das medidas relacionadas a vistos, asilo e imigração, ao passo que com o crescimento das relações interpessoais e no comércio, em decorrência do mercado interno, impõe-se também mudanças no que toca à cooperação policial e judiciária no âmbito penal e civil, consolidando assim o título dedicado ao ELSJ.

⁷ Cfr. Fernanda Neutel, *A construção da União Europeia – Da II Guerra Mundial à Emergência de uma fronteira externa comum para o século XXI* (Lisboa: Edições Sílabo, 2019), 120.

⁸ Apesar da importância das matérias contidas no terceiro pilar, o controlo e as decisões sobre as mesmas recaia nos Estados-Membros, estando a União Europeia com um poder residual, vigorando deste modo o método da cooperação intergovernamental, cf. Rogelio Pérez-Bustamante, *Historia política y jurídica de la Unión Europea* (Madrid: Edisofer, S. L., 2008), 365.

⁹ Atualmente estas matérias estão também reguladas no Código de Fronteiras Schengen (Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, que estabelece o código da União relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras, *OJ L 77*, 23.3.2016).

A partir de então o ELSJ compreende os seguintes domínios: i) a livre circulação de pessoas relacionada com o mercado interno, acompanhada da ausência de controlo de pessoas nas fronteiras internas; ii) a introdução de um capítulo próprio sobre vistos, asilo, imigração e outras políticas interligadas à livre circulação e residência de cidadãos de países terceiros no território dos Estados-Membros; iii) a modificação nas disposições relativas à cooperação policial e jurisdicional, que exigiam uma ação coordenada por parte dos Estados-Membros; iv) a cooperação jurisdicional em matéria civil necessária para o funcionamento do mercado interno; v) a comunitarização do acervo de Schengen através do Protocolo n.º 19,¹⁰ ficando no passado a velha tónica da intergovernamentalidade e vi) a adoção de posições especiais para a Irlanda, Reino Unido e Dinamarca por via de protocolos especiais e através de formas de cooperação reforçada.¹¹ Esses domínios ainda foram diretamente influenciados pelas conclusões do Conselho Europeu de Tampere, no qual se firmou o princípio do reconhecimento mútuo enquanto pedra angular para a cooperação em matéria civil e penal, alicerçado na confiança mútua, o que permitiria uma aproximação normativa e o reconhecimento de resoluções e sentenças, facilitando assim a cooperação entre as autoridades mas também se tornando um instrumento eficaz de proteção dos direitos individuais.¹²

Deste modo, as novidades introduzidas pelo Tratado de Amsterdão permitiram a adoção de uma “[...] visão da livre circulação de pessoas mais realista e mais política [...]”, associada a “[...] medidas destinadas a garantir o nível de segurança interior aceitável pelos Estados”,¹³ bem como as matérias inscritas ao âmbito da justiça e dos assuntos internos passaram a estar incluídas no seio das políticas europeias, e conseqüentemente a União passou a estar diante de um novo objetivo, alargando também as competências do Tribunal de Justiça.

Com a entrada nos anos 2000, uma nova atualização aos tratados foi feita, cuja cimeira realizada na cidade de Nice (França) deu origem a uma nova versão do Tratado que objetivou alterar questões institucionais que preparavam a União para um novo alargamento. Sob os auspícios do Tratado de Nice importa destacar as conclusões do Conselho Europeu que estabeleceu em 2004 o Programa de Haia com vista a ser aplicado entre os anos de 2004 e 2009, dedicando-se às políticas concernentes ao ELSJ sob a ótica dos direitos fundamentais. Deste modo, o programa tinha por objetivo tratar de questões como cidadania, asilo, imigração, gestão das fronteiras, integração, luta contra o terrorismo e o crime organizado, cooperação jurisdicional e policial, cooperação civil e uma estratégia para o tráfico de drogas.

¹⁰ Cfr. Decisão 1999/435/CE, de 20 de maio de 1999, *D.O.L 176* de 10.07.1999 e Decisão do Conselho 1999/436/CE, de 20 de maio de 1999, *D.O.L 176* de 10.07.1999.

¹¹ Cfr. Protocolo n.º 2 que integra o acervo de Schengen no âmbito da União Europeia (1997), Protocolo n.º 4 relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda (1997) e Protocolo n.º 5 relativo à posição da Dinamarca (1997).

¹² Cfr. Fernández Rozas, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado”, 7; Joana Covelo de Abreu, “Cooperação judiciária em matéria civil”, in *Enciclopédia da União Europeia*, coord. Ana Paula Brandão et. al. (Vila Franca de Xira: Petrony, 2017), 115; Francisco Borges, “Cooperação judiciária em matéria penal”, in *Enciclopédia da União Europeia*, coord. Ana Paula Brandão et. al. (Vila Franca de Xira: Petrony, 2017), 118. e Nuno Piçarra, “Fronteiras, Vistos, Asilo e Imigração”, in *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, coord. Alessandra Silveira et. al. (Coimbra: Almedina, 2016).

¹³ Cfr. José María Muriel Palomino, “El Espacio de libertad, seguridad y justicia en los Tratados de Amsterdam y de Niza: la libre circulación de personas y la integración de los Acuerdos de Schengen en el marco de la Unión Europea”, *Anuário de derecho europeo*, n.º 1 (2001): 191.

A cooperação europeia e a gestão operacional dos sistemas de tecnologia da informação no âmbito do Espaço de liberdade, segurança e justiça: deslindando o futuro da União?

Para tanto, as Comunicações de 2005¹⁴ e 2006,¹⁵ ambas dedicadas a implementar uma nova dinâmica ao Programa, estabeleceram como medidas de ação a proposta para uma gestão integrada das fronteiras externas, o reforço dos sistemas de informação e o programa para reconhecimento mútuo em matéria civil e penal. Para a primeira medida, o documento determinava que “[u]m espaço de livre circulação das pessoas exige que seja efectuado um controlo do acesso ao território da União através de um sistema integrado de gestão das fronteiras externas, de uma política comum de vistos e da utilização judiciosa das novas tecnologias, incluindo dos identificadores biométricos”. Neste âmbito, foram previstas medidas como: i) a análise do papel da Frontex na coordenação das migrações e a ligação a redes existentes nos países terceiros; ii) a proposta de um estudo destinado a avaliar a viabilidade de um sistema de informação sobre as entradas e saídas da União Europeia a partir da recolha, armazenamento e utilização de dados biométricos de nacionais de países terceiros e a criação de um “programa de viajantes de confiança”, medida destinada a facilitar a passagem nas fronteiras dos viajantes de boa-fé. Com vista à concretização destas medidas era imperioso reforçar o recurso a novas tecnologias e melhorar a eficácia das bases de dados europeias existentes, bem como criar novas bases de dados que permitissem facilitar a transferência de dados nas restantes áreas como o demonstra os desenvolvimentos deste campo pós-Lisboa.

Quanto ao programa de reconhecimento mútuo em matéria civil e penal, a efetividade da aplicação do princípio deveria ser implementada através da comunitarização das seguintes matérias: conflitos de competências, garantias processuais, presunção da inocência e normas mínimas para a obtenção de prova, com vista a melhorar a formação dos magistrados e a eficiência dos sistemas judiciais. Ao passo que, no campo do espaço único de justiça em matéria civil, voltado para as empresas e os cidadãos, as propostas apresentadas nas Comunicações iam no sentido da criação de novos instrumentos no domínio do direito de família, especialmente em matéria sucessória e de direito de propriedade dos cônjuges (casados ou não), concluindo que “[a] simplificação do acesso à justiça para os cidadãos constitui um verdadeiro desafio no âmbito da consolidação do espaço europeu de liberdade, segurança e justiça”.

¹⁴ Cfr. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 10 de maio de 2005, Programa de Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos. Parceria para a renovação europeia no domínio da liberdade, da segurança e da justiça, COM(2005) 184 final, *Jornal Oficial C 236*, de 24.9.2005. Em síntese, as dez prioridades se dedicavam a: i) reforçar os direitos fundamentais e a cidadania, neste âmbito o antigo Observatório Europeu do Racismo e da Xenofobia foi convertido na Agência dos Direitos Fundamentais (FRA); ii) a luta contra o terrorismo que seria implementada com vista a prevenção do terrorismo e o intercâmbio de informações; iii) definir uma abordagem equilibrada sobre a migração, devendo para tal ser traçada uma política de gestão das migrações, de luta contra a imigração irregular, tráfico de seres humanos, especialmente de mulheres e crianças; iv) instaurar um procedimento comum em matéria de asilo; v) maximizar o impacto positivo da imigração através da adoção por parte dos Estados-Membros de políticas de integração e vi) desenvolver uma gestão integrada das fronteiras externas na União, pois em função da livre circulação de pessoas era necessário reforçar a gestão das fronteiras externas.

¹⁵ Cfr. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu de 28 de Junho de 2006, Aplicação do Programa de Haia: o rumo a seguir, COM(2006) 331 final, *Jornal Oficial C 184*, de 8.8.2006.

3. O ELSJ na atualidade: da reforma promovida por Lisboa à cooperação integrada

Com a entrada em vigor da última atualização aos tratados fundadores, o Tratado de Lisboa altera de forma significativa o ELSJ, edificando-se no princípio de uma Europa mais democrática e transparente, dando maior espaço para que o cidadão se faça ouvir e preocupando-se em estabelecer uma linha mais clara na repartição de competências entre a União e os Estados-Membros.

Assim, pela primeira vez, a repartição das competências obedecerá à seguinte ordem: i) competências exclusivas da União Europeia; ii) competências partilhadas entre a União Europeia e os Estados-Membros e iii) competências complementares ou de apoio oferecida pela União aos Estados-Membros.

Deste modo, o desenvolvimento do ELSJ ficou alocado entre as competências partilhadas, logo compreendendo o campo no qual os Estados-Membros podem atuar apenas se a União não o fizer de acordo com o princípio do primado do direito da União. Em decorrência desta alteração, os pilares desapareceram e as políticas inerentes ao ELSJ tornam-se políticas da União, com um foco especial para a luta contra o terrorismo e a criminalidade organizada.¹⁶

Por conseguinte e dando sequência à filosofia encetada na versão anterior, o Tratado de Lisboa implementa o regime jurídico do ELSJ com base na livre circulação de pessoas, devendo esta faculdade estar em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlo na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno, de acordo com a inscrição do artigo 3.º, n.º 2 do Tratado da União Europeia. Por sua vez, as políticas destinadas a direcionar as medidas adequadas estão previstas no Título V da Parte III, compreendendo os artigos 67.º a 87.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir, TFUE) sob a epígrafe “O espaço de liberdade, segurança e justiça”.

No entanto, para se atingir a finalidade estabelecida no artigo 77.º do TFUE, ou seja, para que haja uma livre circulação de pessoas plasmada na ausência completa de controlo nas fronteiras intracomunitárias, devendo este mesmo controlo ser realizado de forma eficaz e uniforme apenas nas fronteiras externas, mas também que essa livre circulação se pautar na garantia de segurança e num acesso igualitário à justiça, para todos, independente da nacionalidade, verificamos que a eficácia deste regime encontra-se na dependência não apenas da harmonização normativa, ou seja, da internormatividade, mas especialmente da *cooperação* entre as instituições envolvidas.

Portanto, o Título V do TFUE consagra a cooperação em três âmbitos: i) em matéria penal e policial; ii) em matéria civil e iii) em matéria administrativa. Neste sentido, de acordo com a doutrina, o Tratado de Lisboa legitima a cooperação, podendo esta ser a responsável pelo avanço no processo de integração.¹⁷ Contudo, a cooperação não se consubstancia na mera aplicação do método intergovernamental, que poderia fazer surgir um espaço em mosaico ou em competição, a cooperação conta agora com a chancela do Parlamento Europeu e os direcionamentos dos regulamentos e das diretivas. Ao mesmo tempo em que a sua execução tem sido alavancada sobretudo através da adoção de sistemas operacionais de tecnologia da informação, responsáveis pela construção de grandes bases de dados ou de serviços competentes que permitem

¹⁶ Cfr. Pérez-Bustamante, *Historia política y jurídica*, 540 e Neutel, *A construção da União Europeia*, 179-180.

¹⁷ Cfr. Sergio Carrera e Florian Geyer, “El Tratado de Lisboa y un espacio de libertad, seguridad y justicia: excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 29 (enero/abril, 2008): 135.

A cooperação europeia e a gestão operacional dos sistemas de tecnologia da informação no âmbito do Espaço de liberdade, segurança e justiça: deslindando o futuro da União?

o reconhecimento de instrumentos jurídicos e decisões judiciais e extrajudiciais, dando lugar a uma *cooperação integrada*.¹⁸

Por isso, a adoção do método da cooperação integrada, a partir do uso das novas tecnologias, permitiria que as instituições europeias e nacionais prosseguissem as suas atribuições de forma mais coordenada,¹⁹ através da partilha de informações empregando sistemas informáticos de grande escala com a finalidade de proteger os cidadãos, combater a criminalidade e garantir a segurança das fronteiras. Neste âmbito, no que toca ao ELSJ cabe ressaltar a atuação da Agência da União Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça mais conhecida pela sua sigla eu-LISA.

3.1 A gestão de sistemas informáticos no ELSJ: a eu-LISA

A Agência da União Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça encontra-se atualmente tutelada pelo Regulamento (UE) 2018/1726,²⁰ sendo a responsável por implementar a utilização das tecnologias de informação para o desenvolvimento de políticas da União no âmbito do Espaço de liberdade, segurança e justiça.

Dentre as suas principais atribuições podemos citar: i) a gestão operacional do Sistema de Informação Schengen (SIS), do Sistema de Informação sobre Vistos (VIS) e da base de dados dactiloscópicos da União (Eurodac), considerados sistemas vitais para o funcionamento do espaço Schengen; ii) a gestão de outros sistemas informáticos no domínio do ELSJ, incluindo os sistemas já existentes desde que previstos nas normas aplicáveis pela União Europeia, com base nos artigos 67.º a 89.º do TFUE; iii) assegurar a qualidade dos dados, nos termos do direito da União; iv) realizar as ações necessárias para permitir a interoperabilidade; e v) realizar atividades de investigação e vi) apoiar aos Estados-Membros e à Comissão.

Desde a sua criação em 2011, com o Regulamento (UE) 1077/2011,²¹ entrando em funcionamento em 1 de dezembro de 2012, a sua principal atuação decorre da implementação da cooperação integrada em matéria de gestão de fronteiras e migração, sobretudo com vista a assegurar uma gestão adequada dos sistemas operacionais SIS, VIS e Eurodac. Mas a sua origem derivou da busca por soluções para as lacunas oriundas da necessidade de se transformar dados em informação. Para tanto, era preciso criar sinergias e confiar a gestão a uma única entidade “[...] de modo a beneficiar de economias de escala, criar massa crítica e assegurar uma taxa de utilização dos recursos financeiros e humanos o mais elevada possível”.²²

¹⁸ Cfr. Fernández Rozas, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado”, 24. No âmbito da principiologia da União, a cooperação integrada assenta no princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade nas relações entre a União e os Estados-Membros, bem como entre estes, cf. José Francisco Pavia, “Artigo 73.º e Artigo 74.º”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coord. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio (Coimbra: Almedina, 2012), 385.

¹⁹ Cfr. Fernández Rozas, “El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado”, 24.

²⁰ Cfr. Regulamento (UE) 2018/1726 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo à Agência da União Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (eu-LISA), que altera o Regulamento (CE) n.º 1987/2006 e a Decisão 2007/533/JAI do Conselho, e que revoga o Regulamento (UE) n.º 1077/2011, *JO L 295* de 21.11.2018.

²¹ Cfr. Regulamento (UE) n.º 1077/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, que cria uma Agência europeia para a gestão operacional de sistemas informáticos de grande escala no espaço de liberdade, segurança e justiça, *JO L 286* de 1.11.2011.

²² Cfr. Considerando n.º 5 do Regulamento (UE) n.º 1077/2011.

Criada sob a forma de agência de regulação com personalidade jurídica, tem autonomia jurídica, administrativa e financeira, estando a sua sede na Estónia e conta com instalações em França e na Áustria, sendo responsáveis pelo desenvolvimento técnico e a gestão operacional dos sistemas informáticos. Como missão, procura tornar-se “[...] uma constante mais-valia para os Estados-Membros, apoiando através da tecnologia os esforços por estes envidados no sentido de tornar a Europa mais segura”²³ e por isso mesmo é parte do complexo leque de organismos de direito público da União que compõe a chamada governança europeia.²⁴

Em 2015, após ser avaliada por uma comissão externa e independente pela primeira vez, conclui-se que a Agência assegurava eficazmente a gestão operacional dos sistemas informáticos podendo inclusivamente ver suas atribuições acrescidas, nomeadamente pela confluência de novas competências relativas às tarefas inerentes às infraestruturas de comunicação, bem como passando a estar encarregue pela criação de soluções interoperáveis para a troca de dados e partilha de informações.²⁵

Especificamente aos sistemas geridos pela eu-LISA, o SIS passou a operar a partir de 2018 com a recolha de dados biométricos que permitem uma melhor identificação das pessoas, com a criação do AFIS (*Automated Fingerprint Identification System*). Este sistema que atualmente se encontra na sua segunda versão (SIS II), cuja base jurídica, conformada pelo Regulamento (CE) 1987/2006²⁶ e pela Decisão 2007/533/JAI,²⁷ foi revista em 2018, sendo composta pelo Regulamento (EU) 2018/1860,²⁸ Regulamento (EU) 2018/1861²⁹ e pelo Regulamento (EU) 2018/1862,³⁰ consiste num sistema informático ao qual têm acesso as autoridades da União Europeia (nomeadamente, o Serviço Europeu de Polícia – Europol e a Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal – Eurojust) e os Estados-Membros (quais sejam: as autoridades que exercem o controlo fronteiriço, o controlo policial e aduaneiro, os responsáveis pela instauração de ações penais e inquéritos prévios de acusação e as autoridades competentes em matéria de vistos e autorizações de residência), que podem introduzir ou consultar informações sobre pessoas ou objetos, procurados ou desaparecidos.

²³ Cfr. “Relatório anual de atividades consolidadas eu-LISA”, eu-LISA, 26 de junho de 2019, p. 12, acesso em 07.06.2020, https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Documents/AAR2018/eu-LISA%20Annual%20Activity%20Report%202018_PT.pdf.

²⁴ Cfr. António Martins da Silva, *Sistema político da União Europeia* (Coimbra: Almedina, 2013), 64.

²⁵ Cfr. Considerando n.º 7 do Regulamento (UE) 2018/1726.

²⁶ Cfr. Regulamento (CE) n.º 1987/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006, relativo ao estabelecimento, ao funcionamento e à utilização do Sistema de Informação de Schengen de segunda geração (SIS II), *JO L 381* de 28.12.2006.

²⁷ Cfr. Decisão 2007/533/JAI do Conselho, de 12 de junho de 2007, relativa ao estabelecimento, ao funcionamento e à utilização do Sistema de Informação Schengen de segunda geração (SIS II), *JO L 205* de 7.8.2007.

²⁸ Cfr. Regulation (EU) 2018/1860 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the use of the Schengen Information System for the return of illegally staying third-country nationals, *OJ L 312*, 7.12.2018

²⁹ Cfr. Regulation (EU) 2018/1861 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of border checks, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement, and amending and repealing Regulation (EC) No 1987/2006, *OJ L 312*, 7.12.2018.

³⁰ Cfr. Regulation (EU) 2018/1862 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters, amending and repealing Council Decision 2007/533/JHA, and repealing Regulation (EC) No 1986/2006 of the European Parliament and of the Council and Commission Decision 2010/261/EU, *OJ L 312*, 7.12.2018.

Assim sendo, o SIS II é composto de dados que permitem: i) a identificação de nacionais de países terceiros com recusa de entrada ou de permanência por motivos que configurem uma ameaça à ordem pública, segurança nacional ou saúde pública; e ii) a cooperação entre autoridades policiais e judiciárias em matéria penal quanto a pessoas procuradas para efeitos de extradição ou de detenção com base no mandato de detenção europeu, pessoas desaparecidas ou colocadas sob proteção, testemunhas ou pessoas notificadas para comparecer num processo judicial, mas também objetos como veículos, embarcações e aeronaves, armas de fogo e documentos.

Por sua vez, o Sistema de Informação sobre Vistos (VIS) é um instrumento estabelecido pela Decisão 2004/512/CE³¹ que apoia a política comum de vistos, a cooperação consular e as consultas entre as autoridades responsáveis pelos vistos, permitindo que os Estados-Membros pertencentes a Schengen troquem informações entre si, com o objetivo de facilitar o procedimento do pedido de visto, prevenir o *visa shopping*, lutar contra a fraude de documentos, controlar os pontos de passagem nas fronteiras externas e também contribuir para a identificação de pessoas que não preencham as condições de entrada e permanência, facilitando a aplicação do Regulamento Dublin II e com o fim de identificar as ameaças à segurança interna.³²

Desta forma, a base de dados do VIS possui os seguintes registos: i) os dados alfanuméricos sobre os requerentes (apelido, nome próprio, sexo, data/local de nascimento, tipo/número do documento de viagem); ii) os dados sobre os vistos (pedidos, emitidos, recusados, anulados, revogados ou prorrogados), iii) fotografias e iv) impressões digitais que permitem a consulta a pedidos de vistos anteriores conforme determina o artigo 5.º do Regulamento VIS. Neste momento, encontra-se a decorrer o processo legislativo de revisão da base jurídica do VIS, que permitirá alargar o âmbito de aplicação do VIS a outras categorias de pessoas, nomeadamente aos nacionais de países terceiros que detenham i) um visto de longa duração e/ou ii) uma autorização de residência emitida por um Estado-Membro da União Europeia.

As autoridades com acesso ao VIS devem assegurar que a sua utilização é feita apenas quando necessária, adequada e proporcional à execução das suas tarefas, bem como devendo estar assegurado que a mesma não infringe qualquer discriminação contra os requerentes e titulares dos vistos.

Por fim, o Eurodac cujo regime jurídico se encontra no Regulamento (UE) 603/2013,³³ sendo responsável pela criação de uma base de dados biométricos que

³¹ Cfr. Decisão 2004/512/CE Decisão do Conselho, de 8 de Junho de 2004, que estabelece o Sistema de Informação sobre Vistos (VIS), *JO L 213* de 15.6.2004, mas o regime jurídico do VIS é também composto pelo Regulamento (CE) n.º 767/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Julho de 2008, relativo ao Sistema de Informação sobre Vistos (VIS) e ao intercâmbio de dados entre os Estados-Membros sobre os vistos de curta duração (Regulamento VIS), *JO L 218* de 13.8.2008 e pela Decisão 2008/633/JAI do Conselho, de 23 de Junho de 2008, relativa ao acesso para consulta ao Sistema de Informação sobre Vistos (VIS) por parte das autoridades designadas dos Estados-Membros e por parte da Europol para efeitos de prevenção, detecção e investigação de infracções terroristas e outras infracções penais graves, *JO L 218* de 13.8.2008.

³² Cfr. Considerando n.º 5 do Regulamento (CE) n.º 767/2008.

³³ Cfr. Regulamento (UE) n.º 603/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativo à criação do sistema «Eurodac» de comparação de impressões digitais para efeitos da aplicação efetiva do Regulamento (UE) n.º 604/2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida, e de pedidos de comparação com os dados Eurodac apresentados pelas autoridades responsáveis dos Estados-Membros e pela Europol para fins de aplicação da lei e que altera o Regulamento (UE) n.º 1077/2011 que cria

contém impressões digitais dos requerentes de asilo e dos cidadãos de países terceiros. Este sistema visa facilitar aos Estados-Membros determinar qual Estado é o responsável pela análise de um pedido de asilo através da comparação das impressões digitais dos sujeitos identificados, permitindo ainda às autoridades competentes a consulta desses mesmos dados para fins de investigação, deteção e prevenção de infrações terroristas ou outras de cariz penal grave. A Eurodac atua de modo a prestar suporte para a implementação do Regulamento de Dublin, logo permite, para além da identificação do Estado responsável pela análise do pedido, verificar se o requerente de asilo apresenta o seu pedido pela primeira vez, ou se já foi sujeito a uma detenção anterior.

Atualmente, em decorrência da pandemia provocada pelo vírus Covid-19 a Comissão Europeia determinou por meio da Comunicação de 17 de abril de 2020,³⁴ orientações práticas, quanto à matéria de asilo e regresso, com vista a auxiliar os Estados-Membros de modo a que se possa garantir a continuidade dos procedimentos, assegurando em simultâneo a proteção da saúde e os direitos fundamentais das pessoas, em consonância com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Dentre as orientações destaca-se a indicação de que, se necessário e na medida do possível, que os pedidos sejam apresentados através do preenchimento de formulários eletrónicos.

4. Deslindar o futuro do ELSJ

Com vista a responder aos novos desafios, especialmente àqueles decorrentes de um mundo cada vez mais interconectado e global e que, ao mesmo tempo, exige maiores garantias para a segurança, a União Europeia, nos últimos anos, tem apostado em soluções que passam pela adoção de novos instrumentos e medidas, com base no recurso a novas tecnológicas. Entretanto, a tecnologia, embora possa ser um meio para se atingir esse objetivo, mostra-se também como um desafio em si mesma, com o crescimento de crimes cibernéticos, organizações criminosas transfronteiriças e como meio potenciador de novas formas de terrorismo, a que se associam instabilidades promovidas por aspetos sociais e económicos como as alterações demográficas e inseguranças económicas.³⁵

Visando colmatar esses desafios, a Comissão Europeia definiu que, no atual quadro de desenvolvimento do ELSJ, se torna prioritária a prossecução de políticas que permitam estabelecer uma união de segurança e de cooperação judiciária, mas também que as políticas para as migrações visem salvar vidas ao mesmo tempo que se reforça a proteção das fronteiras externas da União Europeia. Neste sentido, pretende a Comissão Europeia apresentar, ainda no ano de 2020, um novo Pacto para a Imigração e Asilo.

Em consequência, desde 2018, a eu-LISA tem coordenado a criação de novos sistemas, assegurado a atualização dos já existentes e implementado os preparativos para a interoperabilidade desses sistemas de grande escala, incluindo o desenvolvimento de vários instrumentos dos quais podemos citar a criação de um repositório comum de dados de identificação (CIR); o portal europeu de pesquisa (ESP); o serviço partilhado de correspondências biométricas (sBMS); o detetor de identidades múltiplas (MID) e

uma Agência europeia para a gestão operacional de sistemas informáticos de grande escala no espaço de liberdade, segurança e justiça *JO L 180* de 29.6.2013.

³⁴ Cfr. Comunicação da Comissão COVID-19: Orientações sobre a aplicação das disposições pertinentes da UE em matéria de procedimentos de asilo e de regresso e sobre a reinstalação (2020/C 126/02), *JO C 126* de 17.4.2020.

³⁵ Cfr. “eu-LISA Single Programming Document 2020-2022”, eu-LISA, adotado 10.02.2020, acesso em 07.06.2020, <https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Corporate/eu-LISA%20Single%20Programming%20Document%20%202020-2022.pdf>.

o repositório central para a elaboração de relatórios e estatísticas (CRRS), visando com tais serviços o estabelecimento de uma nova arquitetura de informação no domínio da segurança interna e justiça.³⁶

Quanto aos sistemas já existentes, as atualizações vão no sentido de, por exemplo, no domínio do SIS II, este passar a emitir alertas sobre nacionais de países terceiros que se encontrem sujeitos a uma decisão de retorno, bem como de alertas preventivos relacionados a crianças e adultos em situação de vulnerabilidade e em risco de sequestro, mas, para além da recolha de dados biométricos, prevê-se também a possibilidade de inclusão de informação adicional com base no ADN. No terreno do VIS cabe destacar a pretensão de reduzir a atual idade mínima para recolha de impressão digital que abrange os 12 anos de idade para abarcar menores de até 6 anos, e ainda a possibilidade de utilização de imagens faciais como recurso biométrico pesquisável. E, aquando da aprovação de um novo Pacto para Imigração e Asilo será necessário proceder a uma revisão do sistema Eurodac.

Mas, a partir de 2018, com a entrada em vigor do Regulamento para o estabelecimento do Sistema de Entradas e Saídas (SES) verificou-se a necessidade de criar sinergias entre o VIS e o SES, através da implementação da interoperabilidade entre os dois sistemas, tendo a Comissão Europeia apresentado a proposta para alterar o Regulamento VIS “[...] destinada a otimizar o desempenho do sistema, introduzindo uma capacidade de pesquisa de imagens faciais e colmatando lacunas de segurança identificadas, para melhorar a segurança interna do espaço Schengen”.³⁷ Isto porque o SES, conforme determina o Regulamento (UE) 2017/2226³⁸ tem por objetivo melhorar a eficiência e a eficácia dos controlos das fronteiras externas, com base num sistema informático automatizado, que dá origem às chamadas fronteiras inteligentes, responsáveis pelo registo de entradas e saídas dos cidadãos de países terceiros que acedam ao território europeu para estadas de curta duração. O sistema é aplicável tanto aos que necessitam de um visto quanto àqueles que se encontram abrangidos por uma isenção de vistos.

Na prática, o SES corresponde a um sistema eletrónico que permite o registo e o armazenamento de informações como data, hora, local de entrada e saída, identidade,

³⁶ Cfr. “Relatório anual de atividades consolidadas eu-LISA”, eu-LISA, 26 de junho de 2019, p. 16. Sobre a interoperabilidade entre os sistemas de informação no ELSJ ver Regulamento (UE) 2019/817 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativo à criação de um regime de interoperabilidade entre os sistemas de informação da UE no domínio das fronteiras e vistos e que altera os Regulamentos (CE) n.º 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 e (UE) 2018/1861 do Parlamento Europeu e do Conselho, e as Decisões 2004/512/CE e 2008/633/JAI do Conselho, *JO L 135* de 22.5.2019 e Regulamento (UE) 2019/818 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativo à criação de um regime de interoperabilidade entre os sistemas de informação da UE no domínio da cooperação policial e judiciária, asilo e migração, e que altera os Regulamentos (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 e (UE) 2019/816, *JO L 135* de 22.5.2019.

³⁷ Cfr. “Relatório anual de atividades consolidadas eu-LISA”, eu-LISA, 26 de junho de 2019, p. 15, sobre a proposta da Comissão ver Comissão Europeia, Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 767/2008, o Regulamento (CE) n.º 810/2009, o Regulamento (UE) 2017/2226, o Regulamento (UE) 2016/399, o Regulamento XX/2018 [Regulamento Interoperabilidade] e a Decisão 2004/512/CE e que revoga a Decisão 2008/633/JAI do Conselho — Mandato para negociações com o Parlamento Europeu, Bruxelas, 19.12.2018.

³⁸ Cfr. Regulamento (UE) 2017/2226 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de novembro de 2017, que estabelece o Sistema de Entrada/Saída (SES) para registo dos dados das entradas e saídas e dos dados das recusas de entrada dos nacionais de países terceiros aquando da passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros, que determina as condições de acesso ao SES para efeitos de aplicação da lei, e que altera a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen e os Regulamentos (CE) n.º 767/2008 e (UE) n.º 1077/2011, *JO L 327* de 9.12.2017.

dados biométricos e do documento de viagem dos cidadãos de países terceiros que atravessem as fronteiras europeias, bem como o cálculo da duração da estadia autorizada, gerando indicações às autoridades competentes aquando da expiração desta. A adoção deste sistema substituiu o requisito de aposição de carimbo nos passaportes no momento do trânsito pelas fronteiras.

Quanto às autoridades elegíveis para ter acesso aos dados constantes no SES encontram-se as que são responsáveis pelo controlo nas fronteiras, as emissoras dos vistos e as encarregadas de controlar e fiscalizar se os nacionais de países terceiros cumprem as condições necessárias para a entrada e residência. No entanto, poderá a Europol ter acesso desde que apresente um pedido fundamentado numa medida de prevenção, deteção ou investigação de infrações terroristas.³⁹ Contudo, este sistema ainda está em fase de implementação, não estando ainda operável nos postos de fronteira marítimas, terrestres e aéreas no espaço europeu.

No âmbito do controlo fronteiriço, foi aprovado também em 2018 o Regulamento (UE) 2018/1240⁴⁰ que cria o Sistema Europeu de Informação e Autorização de Viagem (ETIAS). Esta medida visa reforçar o controlo de segurança dos cidadãos dos países terceiros que se encontram ao abrigo de um regime de isenção de vistos para entrada no espaço Schengen, correspondendo a uma autorização de viagem a ser requerida antes de efetuado o deslocamento para o território europeu, uma vez que o mesmo será objeto de verificação tanto pelos guardas de fronteira nos postos de passagem de fronteira Schengen, quanto pelas transportadoras. O objetivo principal deste sistema é identificar riscos à segurança, imigração irregular ou saúde pública, assegurando a proteção dos direitos fundamentais e a proteção de dados dos requerentes.

Por sua vez, em 2019 o Sistema Europeu de Informação sobre Registos Criminais (ECRIS),⁴¹ criado em 2012 com vista a fomentar a partilha de informações sobre condenações penais, foi completado pelo Regulamento (UE) 2019/816⁴² que criou um sistema idêntico, mas com a finalidade de tratar informações sobre a identidade dos cidadãos de países terceiros, inclusivamente se possuírem uma segunda nacionalidade de um Estado-Membro da União Europeia, que já tenham sido objeto de condenação anterior num Estado-Membro. Esse novo sistema informático, conhecido pela sigla ECRIS-TCN (Sistema Europeu de Informação sobre Registos Criminais — Nacionais de Países Terceiros) permite ainda determinar qual o Estado-Membro que proferiu tal decisão, entendendo-se por condenação qualquer sentença que tenha transitado em julgado, num tribunal penal, contra uma pessoa. Deste modo, o intercâmbio de informações sobre registos criminais no espaço europeu abrange não apenas os

³⁹ Cfr. Artigos 9.º, 23.º a 27.º e 30.º do Regulamento (UE) 2017/2226.

⁴⁰ Cfr. Regulamento (UE) 2018/1240 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de setembro de 2018, que cria um Sistema Europeu de Informação e Autorização de Viagem (ETIAS) e altera os Regulamentos (UE) n.º 1077/2011, (UE) n.º 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 e (UE) 2017/2226, *JO L 236* de 19.9.2018.

⁴¹ Cfr. Decisão 2009/316/JAI do Conselho, de 6 de Abril de 2009, relativa à criação do sistema europeu de informação sobre os registos criminais (ECRIS) em aplicação do artigo 11.º da Decisão-Quadro 2009/315/JAI, *JO L 93* de 7.4.2009 e Decisão-Quadro 2009/315/JAI do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, relativa à organização e ao conteúdo do intercâmbio de informações extraídas do registo criminal entre os Estados-Membros, *JO L 93* de 7.4.2009.

⁴² Cfr. Regulamento (UE) 2019/816 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, que cria um sistema centralizado para a determinação dos Estados-Membros que possuem informações sobre condenações de nacionais de países terceiros e de apátridas (ECRIS-TCN) tendo em vista completar o Sistema Europeu de Informação sobre Registos Criminais e que altera o Regulamento (UE) 2018/1726, *JO L 135* de 22.5.2019.

cidadãos europeus, mas também os cidadãos de países terceiros que já tenham sido anteriormente condenados em qualquer um dos Estados-Membros.

Os registos contidos tanto no ECRIS quanto no ECRIS-TCN podem ser consultados pelos Estados-Membros para efeito de: i) processo penal; ii) verificação de registo criminal; iii) credenciação de segurança; iv) obtenção de licença; v) verificação para efeito de emprego; vi) atividade de voluntariado que implique contato direto com menores ou pessoas vulneráveis; vii) procedimentos relacionados a visto, asilo e obtenção de cidadania, mas também viii) verificações relacionadas com contratos públicos e concursos públicos,⁴³ cabendo no entanto indemnização à pessoa ou ao Estado-Membro que sofra algum dano proveniente de um comportamento incompatível com o Regulamento.⁴⁴

Entretanto, no domínio da cooperação penal e civil tem ganhado relevância a implementação e utilização de um novo sistema informático, que ainda não se encontra sob as atribuições da eu-LISA. A plataforma e-CODEX pretende facilitar o intercâmbio de informações com fins de desenvolver a justiça penal e civil transfronteiriça.

O e-CODEX, sigla para *e-Justice Communication via Online Data Exchange*, em português, comunicação por troca de dados em linha no âmbito da justiça eletrónica, é um sistema informático que tem por finalidade fornecer um acesso facilitado à justiça transfronteiriça, abrangendo deste modo o intercâmbio de dados e a disponibilização de informações aos cidadãos, às empresas e aos agentes judiciais na Europa.

O projeto que ensejou a criação da plataforma recebeu financiamento europeu entre os anos de 2010 e 2015 e corresponde a um consórcio feito entre os Estados-Membros (onde Portugal também participa) abarcando a partilha de dados no campo civil, comercial e penal. Consequentemente, a cooperação judiciária transfronteiriça conseguida através da plataforma vai sendo alimentada em razão da mobilidade dos cidadãos e das empresas no território europeu, mas também pelo desenvolvimento da harmonização dos processos judiciais transfronteiriços. Assim, torna-se cada vez mais evidente que a cooperação judiciária depende de soluções de justiça eletrónica que facilitem a interação entre diferentes atores nacionais e europeus no que toca ao acesso e compreensão dos diversos procedimentos legais. Neste momento, a plataforma e-CODEX encontra-se, por exemplo, a ser operacionalizada no Portal Europeu de Justiça eletrónica, mostrando-se um meio adequado e eficaz na busca de agentes judiciais como oficiais de justiça ou advogados nos diversos Estados-Membros.⁴⁵

Deste modo, com base na sua atual utilização e pelas suas características, o e-CODEX poderá, num futuro breve, tornar-se a principal solução para a cooperação transfronteiriça entre as autoridades judiciais e os procedimentos judiciais, uma vez que os diversos projetos-piloto forneceram elementos fundamentais para se alcançar um intercâmbio seguro e confiável no domínio da justiça. Corroboram com a nossa posição os planeamentos traçados no Plano de ação para a justiça eletrónica europeia 2019-2023 do Conselho da União Europeia,⁴⁶ no qual o e-CODEX encontra-se estabelecido

⁴³ Cfr. Artigo 7.º do Regulamento (UE) 2019/816.

⁴⁴ Cfr. Artigo 20.º do Regulamento (UE) 2019/816.

⁴⁵ As informações sobre o projeto e a plataforma e-CODEX podem ser consultadas em: <https://www.e-codex.eu/>.

⁴⁶ Cfr. Conselho da União Europeia, Plano de ação para a justiça eletrónica europeia para 2019-2023 (2019/C 96/05), *JO C96*, 13.3.2019; Conselho da União Europeia, Estratégia de justiça eletrónica para 2019-2023 (2019/C 96/04), *JO C96*, 13.3.2019 e “eu-LISA Strategy 2018-2022”, eu-LISA, acesso em 07.06.2020, <https://www.eulisa.europa.eu/Publications/Corporate/eu-LISA%20Strategy%202018-2022.pdf>.

enquanto uma solução a ser fortalecida em que a sua futura sustentabilidade deverá ser garantida. Provavelmente, no que diz respeito a esta plataforma poderemos estar diante de uma nova ferramenta a ser integrada no âmbito da gestão da eu-LISA.

5. Considerações finais

A compreensão das várias etapas da construção e consolidação do ELSJ, permite-nos afirmar que a Europa se realiza enquanto um *espaço de livre circulação de pessoas* e um *espaço judiciário*, que compreende uma série de políticas subsidiadas no entendimento da cooperação administrativa (no que toca às políticas de fronteira, imigração e asilo), cooperação judiciária em matéria civil e em matéria penal e policial. Ao mesmo tempo, o preceito filosófico deste espaço permite o florescimento de um “[...] sentimento de pertença comum”⁴⁷ entre os cidadãos dos Estados-Membros.

Inicialmente tratadas no âmbito da cooperação intergovernamental as várias matérias do ELSJ foram se comunitarizando à medida em que o processo de integração foi avançando com as alterações dos tratados. No entanto, após a entrada no século XXI e em decorrência das mudanças no cenário internacional, especialmente em função dos atentados terroristas do 11 de Setembro, mas também dos atentados ocorridos no próprio espaço europeu (Madrid, 2004 e Londres, 2005), o caminho que estava a ser deslindado pelo ELSJ é alterado, modificando assim o foco que passa a ter como eixo de suporte a segurança.

Neste ínterim, a tecnologia foi se mostrando como a principal aliada na busca por soluções e no tratamento das lacunas que advinham das relações transfronteiriças. Deste modo, e com vista a que uma única entidade fosse a responsável pela gestão das bases de dados contendo a informação e os dados obtidos a partir da execução das políticas adotadas no âmbito do ELSJ, foi criado a eu-LISA, de forma a gerenciar uma série de sistemas informáticos que atuam especialmente no controlo fronteiriço, na gestão da migração e do asilo, no combate à migração irregular, à criminalidade transfronteiriça e na prevenção de ataques terroristas. Assim, a disponibilidade dos sistemas agenciados pela eu-LISA têm sido considerados como uma condição basilar para a própria existência do Espaço Schengen, garantindo um dos direitos mais tangíveis da construção europeia, nomeadamente a liberdade de circulação dos seus cidadãos e das pessoas que residam regularmente no território europeu. Contribuindo, em paralelo, para o reforço da confiança entre as instituições europeias e os Estados-Membros, o que nos permite perspetivar que num futuro breve serão atribuídas novas competências a essa agência.

Face ao exposto, os desenvolvimentos da justiça eletrónica europeia conseguida através da gestão operacional dos sistemas implementados pela eu-LISA, permite uma nova configuração da governança com base num intercâmbio e recolha informacional rápido, eficiente e seguro, dando lugar a um exame consciente das políticas levadas a cabo no âmbito da justiça, o que conseqüentemente fortalece o espaço público europeu.

⁴⁷ Cfr. Nuno Piçarra, “Direito da União Europeia: o espaço de liberdade, segurança e justiça”, *Themis*, ano X, n.º 19 (2010): 244.

O e-CODEX como instrumento facilitador dos processos europeus para cobrança de créditos

Ruben Juvandes^{*/**}

1. Introdução

O espaço de liberdade, segurança e justiça é identificado como um corolário das quatro liberdades fundacionais do espaço europeu.¹ Sendo ainda de sublinhar a garantia do acesso à justiça constante do artigo 47.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Este espaço tem evoluído à medida da necessidade de tutela jurisdicional através do desenvolvimento de mecanismos de cooperação internacional e instrumentos dirigidos a pontos estratégicos de constrangimentos em litígios plurilocalizados ou com incidências transfronteiriças (como sejam notificações, produção e obtenção de prova). Na área civil surgem processos de matriz europeia na sua origem e meios alternativos de resolução de litígios próprios.

A criação de instrumentos no âmbito da justiça civil em particular é uma garantia de bom funcionamento de mercado interno.

As barreiras linguísticas, legais e de conhecimento jurídico podem servir de entraves ao funcionamento desta justiça civil, sobretudo quando pensada para utilizadores não intensivos, para pretensões de valores não elevados e para relações de consumo. Nesse âmbito as soluções de justiça digital podem oferecer soluções tecnológicas potenciando a comunicação à distância e o acesso a informação.

As soluções de justiça digital poderão passar pela criação de processos de resolução de litígios puramente digitais.

Estarão neste âmbito os chamados ODR – *Online Dispute Resolution*,² resolução de litígios em linha. Processo cuja resolução poderá passar por negociação, mediação ou arbitragem, mas que se caracteriza por ser integralmente tramitado online.

No âmbito da União Europeia foi criado pelo Regulamento (UE) n.º 524/2013,³ de 21 de maio de 2013, um mecanismo de ODR europeu para relações de consumo. O artigo 14.º do referido Regulamento prevê a obrigação de informação ao consumidor por parte dos comerciantes estabelecidos na União que celebrem contratos de venda

* Por opção expressa do Autor, este texto segue as regras anteriores ao Acordo Ortográfico.

** Juiz no Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa.

¹ Conclusões do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999, ponto 2 e 30.

² Soluções nem sempre fáceis de implementar como foi a experiência holandesa do *Rechtwijzer*: <https://law-tech-a2j.org/odr/rechtwijzer-why-online-supported-dispute-resolution-is-hard-to-implement/>.

³ Sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE.

ou de serviços em linha e os mercados em linha estabelecidos na União que devem disponibilizar nos seus sítios web uma ligação eletrónica à plataforma de ODR.⁴

À justiça digital cabe ainda o acesso à informação jurídica relevante⁵ e de acesso aos sistemas de justiça.⁶

No recurso a meios jurisdicionais de resolução de conflitos, ou seja, no recurso aos tribunais de cada Estado-Membro para fazer pretensões resultantes de relações transfronteiriças, o uso de sistemas de informação traz as já conhecidas vantagens em termos de celeridade, mas poderá ainda ser instrumento um facilitador para o utilizador não familiarizado com o sistema de justiça do Estado-Membro destino da pretensão.

2. Cobrança judicial de créditos transfronteiriça

Na cobrança judicial de créditos entre Estados-Membros diferentes a primeira possibilidade será o recurso ao sistema de justiça nacional, através dos meios processuais disponíveis aos cidadãos independentemente da sua origem.

O cidadão de outro Estado-Membro titular de um crédito poderá simplesmente fazer uso do meio processual nacional para demandar o seu devedor.

Partindo da perspectiva do sistema judiciário nacional enquanto aparelho judicial de destino cumpre assinalar as óbvias dificuldades de conhecimento e ação de um sistema judicial estrangeiro.

Desde a língua empregue nos atos (artigo 133.º do CPC), passando pelo tribunal competente, a necessidade de patrocínio judiciário e pelo conhecimento da lei adjetiva propriamente dita.

No espaço de justiça europeu em matéria civil foram sendo desenhadas soluções para facilitar estes litígios transfronteiriço e a sua interação com as soluções nacionais.

Neste campo são de sublinhar os instrumentos relativos à definição de competência e reconhecimento de decisões,⁷ à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros,⁸ ou relativos à cooperação entre os tribunais dos países da UE no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial.⁹

Contudo, em causas de pequeno montante e dívidas comerciais de reduzido valor os meios tradicionais poderão ser demasiados dispendiosos para compensar o recurso aos mesmos.

⁴ “Resolução de Litígios em Linha”, Comissão Europeia, acesso em 4 de junho de 2020, <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.trader.register#inline-nav-5>.

⁵ Como é o caso do identificador europeu da jurisprudência (ECLI) ou identificador europeu de legislação (ELI). Cfr. “Identificador europeu da jurisprudência (ECLI)”, Portal Europeu de Justiça, acesso em 4 de junho de 2020, https://e-justice.europa.eu/content_european_case_law_identifier_ecli-175-pt.do.

⁶ Sendo ainda de salientar no portal de justiça as funcionalidades de encontrar um advogado, um notário, um perito entre outras.

⁷ Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, com as alterações do Regulamento (UE) n.º 542/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

⁸ Regulamento (CE) n.º 1393/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, relativo à citação e à notificação dos atos judiciais e extrajudiciais em matérias civil e comercial nos Estados-Membros (citação e notificação de actos), alterado por Regulamento (UE) n.º 517/2013 de 13 de maio de 2013.

⁹ Regulamento (CE) n.º 1206/2001, do Conselho, de 28 de maio de 2001, alterado por Regulamento (CE) n.º 1103/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2008.

Por essa via foram sendo criados os processos europeus harmonizados, processos cuja tramitação é regulada por instrumentos comunitários e para os quais a existência de formas seguras de troca de informação e documentos se tornam mais interessantes.

De facto, mais do que uma mera forma de certificação de documentos jurisdicionais, ou de contactos exteriores com o processo, nos processos harmonizados o envio e receção dos formulários entre tribunais de Estados-Membros diferentes são tramitação *intra* processual.

3. Processos europeus

A finalidade de harmonização é tornar a cobrança de créditos transfronteiriça na União Europeia mais acessível, mais simples de iniciar e mais eficiente do ponto de vista custo/benefício (particularmente importante para a cobrança de créditos de montantes não avultados).

A criação de formas de processo harmonizadas permite abolir passos adicionais para a execução de sentenças e providencia uma alternativa a processos nacionais complexos e diferentes.¹⁰

Neste âmbito merecem especial destaque o procedimento europeu de injunção de pagamento (doravante, “EPO”) e processo europeu para ações de pequeno montante (doravante, “ESCP”), exemplos de modelos autónomos para litígio transfronteiriços criados pela União Europeia.

São processos europeus uniformes ou uniformizados para reclamação litigiosa de créditos transfronteiriços na União Europeia que coexistem com alternativas nacionais.¹¹

O procedimento europeu de injunção de pagamento cria um processo harmonizado para a cobrança de créditos incontestados. O processo europeu para ações de pequeno montante cria um verdadeiro processo europeu declarativo litigioso.

Sendo ainda de destacar o procedimento de decisão europeia de arresto de contas¹² e o título executivo europeu para créditos não contestados.¹³

4. Processo europeu para ações de pequeno montante

O processo europeu para ações de pequeno montante criado pelo Regulamento (CE) n.º 861/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, é um processo de natureza declarativa para ações de natureza civil ou comercial com o valor máximo de 5.000,00 euros.

Aplicável apenas a casos transfronteiriços definidos como os casos em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro

¹⁰ “Dutch Perspective on Cross-Border Small Claims Litigation: Guarded Optimism and Pragmatism. A Normative and Empirical approach”, Xandra Kramer e Alina Ontanu, acesso em 2 de junho de 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2257729.

¹¹ Marco Mellone, “Legal Interoperability: the case of EPO and ESCP” in *Building Interoperability for European Civil Proceedings Online*, eds. F Contini and GF Lanzara (Bologna: CLUEB, 2013), 57.

¹² Regulamento (UE) n.º 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um procedimento de decisão europeia de arresto de contas para facilitar a cobrança transfronteiriça de créditos em matéria civil e comercial.

¹³ Regulamento (CE) n.º 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, que cria o título executivo europeu para créditos não contestados.

que não seja o Estado-Membro do órgão jurisdicional a que o caso é submetido (artigo 3.º, n.º 1).

Em termos de tramitação o processo dispensa patrocínio judiciário e inicia-se com a apresentação de formulário A (anexo ao Regulamento) sendo prevista a sua apresentação no órgão jurisdicional de destino, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, “*quer directamente, quer pelo correio, quer por qualquer outro meio de comunicação, designadamente o fax ou o correio electrónico, aceite pelo Estado-Membro em que tenha início o processo. O formulário de requerimento deve incluir uma descrição das provas que sustentam o pedido e ser acompanhado, se for caso disso, de eventuais documentos comprovativos*”.

Para a tramitação ulterior prevê a necessidade de aperfeiçoamento (com recurso ao apenso B), a notificação do pedido ao requerido (apenso C), a notificação da resposta e a possibilidade de dedução de pedido reconvenicional. Finda a fase dos formulários seguir-se-á a decisão, produção de prova adicional ou a realização de audiência a qual poderá ocorrer por videoconferência (artigo 8.º, n.º 1).

A decisão proferida nestes termos é executável noutro Estado-Membro sendo documentada mediante certidão do modelo D.

Em Portugal a competência para tramitar estas ações corresponderá ao tribunal internamente competente de acordo com a competência territorial e em razão da especialidade, sendo distribuídas como ações especiais¹⁴.

5. O procedimento europeu de injunção de pagamento¹⁵

Criado pelo Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006 é um processo para cobrança de créditos pecuniários líquidos exigíveis na data em que é apresentado o requerimento de injunção de pagamento europeia.

Aplicável apenas a casos transfronteiriços definidos como os casos em que pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro que não seja o Estado-Membro do órgão jurisdicional a que o caso é submetido (artigo 3.º, n.º 1).

Em termos de tramitação o processo dispensa patrocínio judiciário e inicia-se com o requerimento de injunção de pagamento utilizando o formulário A (anexo ao Regulamento) sendo prevista a sua apresentação no órgão jurisdicional de destino, nos termos do artigo 7.º, n.º 5, “*em suporte papel ou por quaisquer outros meios de comunicação, inclusive electrónicos, aceites pelo Estado-Membro de origem e disponíveis no tribunal de origem*”.

Na tramitação deste processo prevê-se a possibilidade de aperfeiçoamento (formulário B) e de rejeição parcial (apenso C), bem como as condições de recuso (formulário D).

Se reunidos requisito de admissibilidade o tribunal emite uma injunção de pagamento que será notificada ao requerido (formulário E).

Notificado da injunção poderá o requerido apresentar a oposição utilizando o formulário F.

Com a oposição à ação será convertida em ação declarativa prosseguindo para os tribunais competentes¹⁶.

¹⁴ Ação de Pequeno Montante (Reg. CE 861/2007).

¹⁵ João Vasconcelos Raposo e Luís Baptista Carvalho, *Injunções e ações de cobrança: tramitação processual; execução baseada na injunção; regulamentação europeia; jurisprudência; formulários* (Lisboa: Quid Juris, 2012).

¹⁶ Na fase de injunção, em Portugal, a competência está concentrada nos Juízos Centrais Cíveis do Porto do Tribunal Judicial da Comarca do Porto.

Caso não seja deduzida oposição no prazo fixado para o efeito o tribunal declara executória a injunção de pagamento utilizando para o efeito o formulário G.

6. e-CODEX

O e-CODEX (*e-Justice Communication via Online Data Exchange*) consiste numa infraestrutura digital, conjugando diferentes componentes, para assegurar uma transmissão segura para troca de dados e documentos em linha na área da justiça.

A sua arquitetura obedece a princípios básicos: subsidiariedade, respeito por tradições legais nacionais e aproveitamento dos investimentos dos Estados-Membros nas suas soluções tecnológicas.

As componentes essenciais, e cuja implementação são necessárias para ativamente receber e transmitir serão o *gateway*, o *connector* e as aplicações nacionais.

O *gateway* utilizado é o desenvolvido no âmbito do programa CEF¹⁷ *Domibus Gateway* que é um *CEF building block (CEF BB eDelivery)* livremente utilizado noutros domínios.

Esta é uma aplicação genérica de *e-Delivery* desenvolvida propositadamente para ser utilizada em diversos domínios. É tecnologia *opensource* desenvolvida pela Comissão Europeia e cujos manuais e apoio de implementação estão disponíveis para utilização¹⁸.

A sua instalação permite uma ligação segura com outro *gateway* de outro Estado-Membro.

O *connector* é um elemento específico do e-CODEX¹⁹ que permite a conversão e leitura de dados encriptados, assegurando que o que é enviado ou recebido por um Estado-Membro é confiável, devidamente dirigido e compreensível.

As vantagens deste *connector* são as seguintes: i) é controlada por cada membro com *gateway* instalado; ii) valida a assinatura de documentos PDF; iii) cria/assina/valida *asics container*²⁰ (contentor de assinatura associada) assinados que contém a informação para ser enviada a uma organização de outro Estado-Membro; iv) gera *Trust-Token*; v) cria e envia “*ETSI REM Evidences*” sobre estado de entrega; vi) converte ficheiros nacionais XML de e para o formato e-CODEX business document XML de informação.

O e-CODEX usa formatos de documentos e semântica comum que permite uma leitura idêntica da informação transmitida. Os formatos utilizados conferem-lhe autonomia técnica, isto é, uma alteração nos formulários do Regulamento ou no funcionamento dos EPO ou ESCP não implicará uma alteração na estrutura de transmissão do e-CODEX.

O e-CODEX assegura ainda a autenticidade da assinatura suportando *e-Signature* e *e-ID*.

Independente do que se conclua quanto à concreta aplicação do Regulamento eIDAS nos sistemas de justiça, o reconhecimento mútuo da identificação e assinatura eletrónica produzida noutros Estados-Membro no âmbito do e-CODEX é

¹⁷ Connecting Europe Facility – instrumento de financiamento de infraestruturas a nível europeu gerido pela agência INEA - Connecting Europe Facility, Comissão Europeia, acesso em 4 de junho de 2020, <https://ec.europa.eu/inea/en/connecting-europe-facility>.

¹⁸ “Domibus”, CEF Digital, acesso em 4 de junho de 2020, <https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/CEFDIGITAL/Domibus>.

¹⁹ Gerido pelo consórcio que gere os projetos financiados do e-CODEX.

²⁰ Formato reconhecido de assinatura eletrónica avançada ou uma assinatura eletrónica avançada baseada num certificado qualificado nos termos da Decisão de Execução (UE) n.º 2015/1506 da Comissão, de 8 de setembro de 2015, do Regulamento eIDAS (Regulamento n.º 910/2014 do Parlamento Europeu do Conselho, de 23 de julho de 2014).

assegurado pela assinatura de acordo *Circle of Trust* pelo Estado-Membro na adesão ao e-CODEX. Este compromisso assinado pelo Estado-Membro aderente representa o reconhecimento que a identificação, assinatura eletrónica e o pagamento eletrónico é verificado pelo Estado-Membro de origem e aceite como tal no Estado-Membro de destino.

Por fim, as aplicações nacionais nos Estados-Membros que tramitam o processo, geram documentos do negócio e enviam e recebem documentos em XML e formato PDF e anexos. Deste que esteja assegurada a capacidade de processar esses formatos no sistema nacional, e qualquer alteração ao mesmo, é indiferente na implementação ou funcionamento do e-CODEX.

As vantagens diretas são a segurança na transmissão, a emissão e reconhecimento da assinatura eletrónica e o carácter confidencial da informação transmitida, o serviço de *e-Delivery* o *Domibus Gateway* não extrai informação da mensagem.

Utilizando a plataforma e-Delivery disponibilizada pelo e-CODEX na área civil e comercial os casos de uso já em funcionamento respeitam ao EPO²¹ e ESCP.

Como já se abordou na breve descrição supra, os processos em causa de tramitação transacional e funcionam mediante formulários não exigem o patrocínio judiciário.

O que o e-CODEX permite é a apresentação dos competentes diretamente no tribunal destinatário cumprindo com os requisitos de assinatura eletrónica necessários e com segurança na comunicação.

Não sendo imprescindível para a vigência do EPO ou do ESCP é um facilitador do seu uso obviando os problemas de comunicação, certificação e segurança.

O e-CODEX oferece assim uma forma segura de transmissão e receção da informação criando um canal direto de comunicação com o tribunal.

No projeto e-CODEX PLUS²² a Áustria, Alemanha, Grécia, Polónia e Portugal implementam a solução e-CODEX para troca de dados no EPO e ESCP. Neste âmbito, Polónia e Portugal são parceiros a implementar o projeto e a Áustria, Holanda e Renânia do Norte-Vestfália figuram num papel de apoio.

Para além da implementação em Estado-Membros novos o e-CODEX pretende assegurar entre Estados-Membros aderentes a interconexão com E-Justice Portal.²³ Assegurando que um cidadão num Estado-Membro possa recorrendo ao E-Justice Portal preencher e enviar o formulário para dar início a uma EPO ou ESPC.

Atualmente os formulários estão disponíveis no referido portal sendo que para cada Estado-Membro se preveem formas distintas de envio consoante o referido na respetiva lei interna.

7. As diferenças nacionais na tramitação de processos europeus e possível mitigação de constrangimentos via e-CODEX

O projeto e-CODEX PLUS²⁴ tem ainda uma outra dimensão de aprofundamento e fortalecimento do e-CODEX explorando o potencial da introdução de *business rules* no e-CODEX.

²¹ “e-CODEX EPO Pilot”, eCODEXeu (YouTube), acesso em 4 de junho de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=w7yFZM-ZSfc>.

²² Financiado no âmbito do CEF Telecom Call 2016 CEF-TC-2016-2.

²³ “Portal Europeu da Justiça (Homepage)”, Portal Europeu de Justiça, acesso em 4 de junho de 2020, <https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=pt&action=home>.

²⁴ “e-CODEX PLUS”, e-Codex, acesso em 4 de junho de 2020, https://www.e-codex.eu/e-codex_plus.

Em particular, o interesse da introdução de *business rules* residiria em reduzir os efeitos diferenciadores das leis de processos nacionais.

Esta avaliação começou por identificar as já previstas diferenças nacionais na aplicação dos regulamentos executados por via do e-CODEX,²⁵ designando-se no âmbito do projeto como *national flavours* que poderão se revelar obstáculos para uma tramitação transfronteiriça digital.

Note-se que o âmbito do projeto não era avaliar o grau do cumprimento dos instrumentos em causa, mas apenas descrever a existência de diferenças que poderão influenciar os requisitos de admissibilidade.

Num segundo momento foram pensados em métodos para recolher e descrever *business rules* que poderão ser introduzidos.

Por fim, o potencial impacto da introdução de *business rules* na arquitetura do e-CODEX é descrita.²⁶

A experiência do e-CODEX permitiu concluir que a tramitação dos processos uniformizados europeus é fortemente influenciada pelos tais *national flavours* significando que não existe uma uniformidade na aplicação concreta destes processos, o que enfraquece a sua previsibilidade, podendo afetar o desenho técnico e o fluxo digital a ser desenvolvido.

A ideia de *business rules* consiste em permitir tratar com requisitos e condições que não resultam diretamente dos instrumentos comunitários e que os utilizadores poderão não conhecer, melhorando as condições de admissibilidade dos pedidos de EPO e ESCP quando os cidadãos de um Estado recorrem a um destes mecanismos designadamente por simples preenchimento através do portal de justiça.²⁷

Apesar da harmonização estes processos não esgotam todas as incidências processuais possíveis. Se há aspetos do processo que exaustivamente regulados, noutros são fixados apenas parâmetros mínimos, permitido que os Estados-Membros sigam as regras nacionais.

Não sendo de afastar a possibilidade das regras nacionais influenciarem a aplicação das regras harmonizadas.

No âmbito do projeto e-CODEX Plus optou-se por fazer uma análise comparativa na forma como o procedimento EPO era aplicado em Portugal, Polónia, Áustria e Alemanha.

As diferenças passam pela tramitação digital ou física dos processos, a sujeição a controlo liminar, e dentro deste pela intervenção do juiz ou da secretaria.

Por outro lado, as partes do processo que são deixadas ao critério da lei nacional variam também entre os países analisados – como sejam os prazos para devolução dos formulários.

A notificação/citação do requerido é igualmente uma parte complicada que continua a ser fonte de diferenças entre os Estados-Membros quanto à forma de devolução de comprovativos etc.

²⁵ Xandra Kramer, “The European Order for Payment Procedure and its Implementation in Several Member States, Particularly in Germany, the Netherlands and England” in *Enforcement and Enforceability. Tradition and Reform*, eds. C.H. van Rhee & A. Uzelac (Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2010), 21.

²⁶ Os resultados da pesquisa representam o *delivery 7* do projeto *supra* referido tendo sido produzido relatório final da autoria de Ernst Steigenga, Josje Groustra, Ewout Boter, Huub Moelker, Mathias Maurer, já submetido à Comissão Europeia e cuja publicação se aguarda.

²⁷ “Injunção de pagamento europeia – formulários”, Portal Europeu de Justiça, acesso em 4 de junho de 2020, https://e-justice.europa.eu/content_european_payment_order_forms-156-pt.do.

As diferenças mais assinaláveis, e que mais constrangimentos podem gerar na tramitação do processo, estão relacionadas com as custas do processo, os tribunais competentes e as opções de conversão para o processo nacional em caso de ser apresentada oposição.

Quanto a custas o Regulamento estabelece que as mesmas serão pagas de acordo com as regras nacionais, estabelecendo apenas um limite para a cobrança de custas do processo declarativo que decorra da oposição (artigo 25.º).

As diferenças respeitam a valores, formas de pagamentos, formas de comprovar o pagamento, momento do pagamento e consequências para a sua falta.

Há países onde o pagamento inicial é condição para não rejeição (Portugal²⁸ e Polónia) outros nos quais assim não será, não afetando a tramitação do processo (Áustria e Alemanha).

A questão da competência dos tribunais coloca-se ainda a dois níveis, no momento inicial de apresentação e notificação da injunção e num segundo nível de conversão em processo nacional após oposição.

No exemplo português o primeiro momento está concentrado no Juízo Central Cível do Tribunal Judicial da Comarca do Porto, no segundo momento é distribuído para o tribunal nacional competente de acordo com a sua medida de jurisdição territorial.

Noutros Estados Membros identificaram-se situações em que o momento inicial não está centralizado (Polónia), ou noutros casos o tribunal competente para a tramitação inicial não identifica o tribunal nacional competente.

As próprias tradições jurídicas podem influenciar a tramitação dos processos harmonizados.

Na pesquisa levada a cabo no projeto e-CODEX Plus concluiu-se que o uso dos apensos B e C, que visa permitir o convite a alterações no processo era fortemente influenciado pela tradição processual nacional de aperfeiçoamento ou não.

A notificação do apenso F (oposição) é também distinta em cada Estado-Membro. Existindo Estados-Membros que entendem que terá que ocorrer em momento anterior ou posterior à distribuição para tramitação como processo declarativo.

Outros pontos não previstos em abstrato na disciplina do Regulamento foram identificados como a aplicação de dilações de prazo previstos na lei nacional.²⁹

A estas diferenças juntam-se os obstáculos já esperados, como sejam as notificações do tribunal ao requerente na língua nacional.

Estas diferenças afetam sobretudo o cidadão, com especial incidência para utilizador isolado, que para recorrer a estes instrumentos tem de conhecer não só o instrumento em questão, mas ainda a forma como os tribunais do Estado-Membro de destino o aplicam.

O uso de plataformas informáticas para preenchimento e envio dos competentes formulários, no caso o e-CODEX poderá contribuir para diminuir o impacto dessas diferenças através de automatismos de validação, descrição e definição e de comportamento imediatamente acionados e conhecimento no preenchimento dos formulários em linha.

Em termos práticos trata-se de antecipar para o campo aplicacional ou técnico, as regras que gerem o processo e que nos explicam como um tribunal de um Estado-Membro irá tramitar o processo.

²⁸ Artigo 145.º do CPC.

²⁹ Artigo 245.º do CPC.

As regras de negócio ou *business rules* são as regras específicas que determinam como os negócios funcionam e as decisões que podem tomar.³⁰

O uso de regras de validação em formulários eletrônicos tem vantagens na qualidade dos dados introduzidos e numa redução de rejeições, erros ou desconformidades.

Mas as regras de negócio vão além da mera validação, descrevendo não só as definições do negócio (regras de definição) mas também o seu comportamento (regras de comportamento), as regras definirão o particular constrangimento em cada momento.

No caso do e-CODEX, o interesse é que as regras de negócio descrevam a aplicação nos Estados-Membros dos processos que utilizam o e-CODEX.

Nesta perspetiva, as regras de negócio devem ser dirigidas a dois tipos de destinatários distintos: i) aos utilizadores propriamente ditos; e ii) aos profissionais de tecnologias da informação que desenvolvem automatismos nos sistemas enquanto meio de comunicação entre *business* e *technical*.

No caso dos processos harmonizados e fluxos do processo influenciados pelas legislações nacionais o valor acrescentado da introdução das regras de negócio seria o de permitir ao utilizador ser guiado ou conhecer as regras específicas para submeter um pedido de EPO num determinado Estado-Membro.

A inclusão das regras de negócio, considerando a arquitetura *supra* descrita do e-CODEX, seria no *connector* por ser a peça do sistema e-CODEX integralmente gerida pelo e-CODEX.

Na prática tal implicaria que o utilizador ao pretender preencher o formulário de EPO para tribunal de determinado Estado-Membro veria ser-lhe automaticamente apresentados pontos de validação e outros de descrição que lhe antecipariam eventuais particularidades do processo no Estado-Membro de destino maximizando as suas hipóteses de admissibilidade.

8. Governação do e-CODEX

O e-CODEX permanece até à presente data um projeto cofinanciado, gerido por um consórcio de várias instituições de diferentes Estados-Membros subdividindo-se em diversos projetos cofinanciados para implementação dos diversos use cases.³¹

O e-CODEX é cofinanciado pelo Programa de Justiça 2014-2020 e pelo Programa de financiamento CEF.

A eventual adoção do e-CODEX como modelo de comunicação no âmbito da comunicação entre sistemas de justiça, e a sua sustentabilidade, passaria pela sua gestão por uma agência da União designadamente a eu-LISA -³² Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, com sede em Talin, na Estónia,³³ ou diretamente pela Comissão Europeia (DG Justice).

³⁰ Ronald G Ross, "What is a Business Rule?", *Business Rules Journal*, vol. 1, n.º 3 (2000).

³¹ Para além dos mencionados na área civil e comercial são já use cases implementados pelo e-CODEX em matéria criminal o EVIDENCE2e-CODEX e EXEC (Electronic Xchange of e-Evidences with e-CODEX).

³² Conforme consta da própria estratégia da agência para o período 2018-2022. "eu-LISA Strategy", eu-LISA, acesso em 4 de junho de 2020, <https://www.eu-lisa.europa.eu/Publications/Corporate/eu-LISA%20Strategy%202018-2022.pdf>.

³³ "Agência Europeia para a Gestão Operacional de Sistemas Informáticos de Grande Escala no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (eu-LISA)", eu-LISA, acesso em 4 de junho de 2020, https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/eu-lisa_pt.

A sustentabilidade e futuro do e-CODEX é atualmente discutida no âmbito do projeto Me-CODEX (Maintenance of e-CODEX).

A questão da governação do e-CODEX partilha da polémica da gestão dos sistemas de informação na área de justiça e a sua relação com a independência judicial.³⁴ Embora com maior incidência nos *use cases* da área criminal.

De facto, no seu formato atual e e-CODEX evita as questões relacionadas com a independência judiciária na medida em que estabelece apenas ligações entre sistemas de justiça.³⁵

Contudo, na solução de governação por agência europeia poderá passar pela criação de servidores centrais ou “*hub*” central de transmissão das comunicações.

A questão da independência judicial no e-CODEX foi concebida com uma diferença entre independência funcional ou técnica e independência institucional.

A independência funcional seria assegurada por via de rastreio de alterações e registo de envio e receção e abertura de informação.

A independência do ponto de vista institucional caberá em grande medida aos Estados-Membros decidir como a fazer representar. Admitindo-se que na hipótese da sustentabilidade passar pela gestão através da agência europeia a orgânica dessa agência possa ser revista.

³⁴ Expressando algumas das preocupações e soluções cumpre ver as considerações da rede europeia de conselhos de justiça ENCJ: <https://pgwrk-websitemedia.s3.eu-west-1.amazonaws.com/production/pwk-web-encj2017-p/GA%2018/Report%20ENCJ%20Digital%20Justice%20Forum%20Amsterdam%202018.pdf>.

³⁵ No caso português os parceiros dos projetos e-CODEX na área civil é o Conselho Superior da Magistratura, na área criminal a Procuradoria-Geral da República.

eCuria – noções e impacto nas interações com o TJUE

*Maria José Costeira**

1. Introdução

Vivemos num mundo em constante evolução e transformação. A chamada 4ª revolução industrial, marcada pela interação das tecnologias físicas, digitais e biológicas, caracteriza-se por uma evolução tecnológica impressionante, que verdadeiramente revolucionou e continua a revolucionar o nosso quotidiano. Nas palavras de Klaus Schwab, “*estamos a bordo de uma revolução tecnológica que transformará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. Em sua escala, alcance e complexidade, a transformação será diferente de qualquer coisa que o ser humano tenha experimentado antes*”.

A noção de tempo é hoje outra. As distâncias deixaram de ser uma barreira. Estamos globalmente ligados, conectados, cercados por todo o tipo de informação, a todo o momento e em tempo real.

Vivemos na chamada era digital, uma era que se caracteriza pela desmaterialização. A informação, os documentos, o saber, deixaram de estar assentes em suporte físico. Do papel passámos numa primeira fase para os suportes eletrónicos – disquetes, CDs, DVDs, *pens* – e depois para “armazéns” virtuais, as chamadas “*clouds*”. Trata-se de uma verdadeira mudança de paradigma, também cultural, que perpassa por todas as áreas da vida social, técnica e científica.

O mundo da justiça não podia ficar alheio a esta mudança global de paradigma. Visível a vários níveis, ela é desde logo patente na forma de comunicação entre os Tribunais e os seus “utentes” e na substituição do tradicional envio postal por formas de transmissão eletrónica de dados: de início o fax e depois o envio através do correio eletrónico. Mais ousado é o fenómeno da digitalização ou desmaterialização dos processos judiciais, consistente na passagem de processos em suporte em papel para processos em suporte eletrónico ou digital. Os chamados processos virtuais. Se a desburocratização da comunicação é mais simples e exige menos adaptações tecnológicas, razão pela qual está bem mais avançada e generalizada, a desmaterialização completa dos processos, isto é, o fim definitivo dos processos em papel, não é ainda uma realidade em todo os países nem em todas as jurisdições.

Este fenómeno da desmaterialização dos processos judiciais não é isento de controvérsia. Apesar de implementado em vários sistemas judiciais, dúvidas sobre a sua viabilidade e sobretudo sobre a sua segurança permanecem.

No que à viabilidade respeita, vozes contra a “obrigatoriedade” do uso de computador e da internet para aceder aos tribunais ainda persistem, sendo estes argumentos também associados aos argumentos de natureza económica. Por um lado, há ainda uma geração de utilizadores do sistema de justiça que não se familiarizaram

* Juíza no Tribunal Geral da União Europeia. As opiniões expressas neste texto são estritamente pessoais e não vinculam, de modo algum, a instituição onde a Autora exerce funções.

com a informática nem com a internet. Por outro lado, há os que não têm condições económicas para o fazer.

No que à segurança respeita, discussões sobre a eventual perda de informações judiciais ou de acesso aos dados dos processos por quem é alheio aos mesmos continuam na ordem do dia. E não sem razão. Com efeito, as informações judiciais não podem ficar vulneráveis a fraudes, manipulações e alterações ou ataques de hackers, sob pena de o sistema de justiça deixar de ser fiável. Importa assegurar que o processo digital garante a mesma certeza quanto à autenticidade e à integridade dos documentos eletronicamente produzidos que o processo em papel garantia (embora também com potenciais falhas), bem como que o processo está protegido contra acesso indevido e indiscriminado. Tudo isto tem ainda de ser trabalho sendo certo que a genuinidade e a segurança do processo digital, ainda que impossíveis de alcançar de modo absoluto, podem ser garantidos essencialmente através da assinatura digital, da criptografia e da certificação digital.

Como contraponto a esta críticas apontam-se aos processos digitais vantagens inegáveis, sobretudo do ponto de vista da acessibilidade e da transparência da justiça bem como da celeridade do processo.

No que à celeridade respeita, sendo os processos eletrónicos inevitavelmente processos com uma tramitação mais simples e a exigir a prática de menos atos, dada a introdução de automatismos próprios da informatização, e sendo a comunicação necessariamente mais rápida (a transmissão da informação é feita ao momento), o processo passa a ser mais célere. Por outro lado, a própria organização do processo é mais simples e ágil, tornando a gestão e organização do trabalho por parte dos operadores judiciais mais eficaz e eficiente, o que em si mesmo também contribui para uma tramitação mais rápida dos processos.

Relativamente à acessibilidade e transparência, passando os processos a ser eletrónicos, o acesso aos mesmos, incluindo à sua consulta e às decisões proferidas, passa a ser mais fácil já que é feito a partir de qualquer ponto e a qualquer hora. Logo, a justiça passa a ser mais acessível e transparente.

Finalmente, dois argumentos que também não podem deixar de ser mencionados são o económico – com o processo digital a redução de custos com consumíveis e “mão de obra” é evidente – e o ecológico – a “poupança” em papel é manifesta.

2. O Tribunal de Justiça da União Europeia e a desmaterialização dos processos

2.1 O início da utilização da aplicação e-Curia

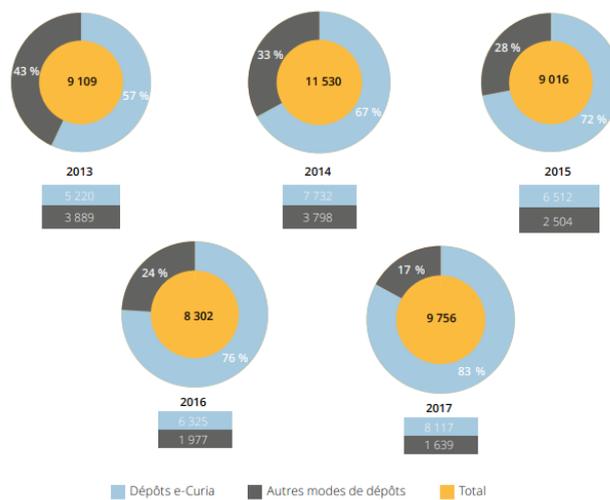
O Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, “TJUE”) não podia obviamente ficar indiferente a este movimento global de desmaterialização dos processos. Tendo sempre a segurança como preocupação extrema, os primeiros passos foram dados no ano de 2011 e limitados à forma de transmissão de peças processuais pelas partes e às notificações pelo Tribunal. Assim, em novembro de 2011 o TJUE começou por implementar uma aplicação informática – “e-Curia” –, comum às duas jurisdições que o integram (Tribunal de Justiça – TJ – e Tribunal Geral – TG ou Tribunal), que permite às partes a apresentação por via eletrónica de peças processuais e documentos e ao TJUE, igualmente por via eletrónica, a realização de notificações processuais.

A partir de 2011 os representantes das partes passaram a poder optar, na comunicação com o TJUE, por enviar os articulados ou quaisquer outros documentos

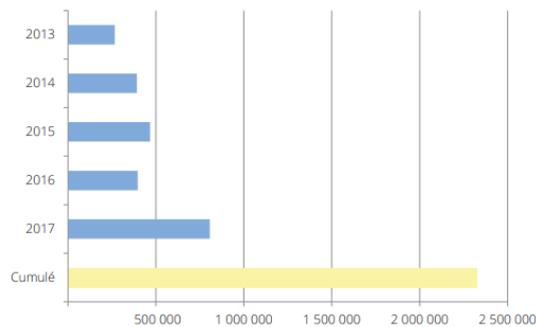
por uma das formas tradicionais de transmissão de peças processuais - correio, fax ou e-mail – ou por via da aplicação e-Curia. De igual modo o TJUE, passou a poder comunicar com as partes por esta via, sendo mesmo a via preferencial de comunicação desde o início (embora estando de algum modo limitado à iniciativa das partes uma vez que só é possível notificar através do e-Curia quem possua uma conta de acesso e-Curia).

Esta nova aplicação pode considerar-se um sucesso. Do ponto de vista do utilizador, verificou-se ao longo dos anos, no que ao TG respeita, um aumento constante do número de contas de acesso e-Curia, um incremento assinalável do envio de peças processuais através da aplicação e uma satisfação generalizada expressa pelos usuários.

Este sucesso está patente no aumento consistente de envio de peças processuais e documentos que se pode ver no gráfico abaixo:¹



A nível do volume de papel enviado via e-curia os números são os seguintes:²



	2013	2014	2015	2016	2017	Cumulé
Nombre de pages déposées par e-Curia	266 048	390 892	466 875	396 072	805 768	2 325 655

¹ “Rapport Annuel: 2017”, Tribunal de Justiça da União Europeia, acesso em 3 de junho de 2020, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-04/ra_2017_fr.pdf.

² “Rapport Annuel: 2017”, Tribunal de Justiça da União Europeia, acesso em 3 de junho de 2020, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-04/ra_2017_fr.pdf.

Este sucesso do ponto de vista do utilizador é facilmente explicado se tivermos em conta que o acesso e a utilização da aplicação são simples, que a mesma está disponível todos os dias da semana durante 24 horas, que é gratuita e evita os gastos com os portes do correio bem como o depósito dos originais em papel, que dispensa a obrigação de enviar cópias certificadas e que dispensa a obrigatoriedade de assinar de forma manuscrita as peças enviadas.

Por outro lado, do ponto de vista do Tribunal e dos serviços de secretaria, a existência de uma única forma de receção de peças processuais e documentos, assim como de uma única modalidade de efetuar notificações processuais, traz inegáveis ganhos de produtividade e eficiência.

Nada mais natural pois, que, na senda do movimento generalizado a que se assistia um pouco por todos os Estados-Membros, o TG continuasse o processo de informatização dos processos, começando pela transição para o uso obrigatório do e-Curia para chegar, um dia, a uma verdadeira desmaterialização do processo.

2.2 A passagem para o uso obrigatório da aplicação e-curia no TG

Assim, com o apoio quer dos Estados-Membros quer dos advogados representados pelo Conselho das Ordens dos Advogados e Sociedades de Advogados da Europa (doravante, “CCBE”), que reconhecem no sistema vantagens para o utilizador – como a simplicidade e modernidade (ligadas às tecnologias e à Internet), a gratuidade e acessibilidade – e para o tribunal – como a racionalização e eficiência para além da inegável dimensão ecológica – em 2016 o TG iniciou uma nova fase da reforma da desmaterialização do processo: a obrigatoriedade do uso da aplicação e-Curia.

Após um processo de trabalho e adaptação internos, com a tomada das necessárias decisões e sua subsequente execução, cerca de 7 anos depois da implementação da aplicação, o e-Curia passou a ser, no passado dia 1 de novembro de 2018, a forma exclusiva de transmissão de peças e documentos das partes para o Tribunal.³ Esta evolução diz respeito a todas as partes (requerentes, requeridos e intervenientes) e a todos os tipos de processos, estando, no entanto, previstas algumas exceções para assegurar o respeito pelo princípio de acesso ao juiz, como veremos mais adiante.

Para se chegar ao atual regime em que o e-Curia é obrigatório (apenas no TG, continuando no TJ a ser de uso facultativo a par da via postal)⁴ foi preciso trabalhar em três frentes distintas.

Desde logo foi necessário mudar o quadro legal e regulamentar vigente, procedendo-se à adaptação de toda a regulamentação relativa à transmissão de dados e às notificações, por um lado, e à utilização da aplicação por outro.

Assim, foi introduzido no Regulamento de Processo do Tribunal Geral⁵ (doravante, “Regulamento”), um novo artigo 56-A, com a epígrafe “e-Curia”, que consagra o princípio da utilização exclusiva da aplicação: todos os atos processuais devem ser entregues e notificados através da e-Curia. Simultaneamente foi necessário alterar várias outras normas que regulavam o modo de entrega e de notificação dos atos

³ Obrigatoriedade aprovada por decisão do TG de 11 de julho de 2018, relativa ao depósito e à notificação de atos através da aplicação e-Curia (JO 2018, L 240, p. 72).

⁴ “Greffé”, Tribunal de Justiça da União Europeia, acesso em 3 de junho de 2020, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7030/fr/.

⁵ Regulamento de Processo do Tribunal Geral, TG, acesso em 3 de junho de 2020, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tra-doc-pt-div-t-0000-2018-201810296-05_01.pdf.

processuais a fim de suprimir a possibilidade de essa entrega se poder fazer também em papel, fax ou e-mail ou de a notificação se poder fazer por fax.⁶

Em consonância com as alterações introduzidas no Regulamento, também as Disposições práticas de execução do Regulamento de Processo do Tribunal Geral⁷ sofreram as alterações necessárias para consagrar a obrigatoriedade do uso da aplicação na comunicação entre as partes e o Tribunal.⁸

Por outro lado, foram adotadas novas regras para a utilização da aplicação e-Curia (comuns a ambas as jurisdições), tendo em conta as especificidades dos diferentes procedimentos de abertura de contas de acesso e-Curia (representantes das partes, por um lado, e assistentes por outro).⁹

Do ponto de vista técnico e organizacional, realizaram-se uma série de modificações durante o ano de 2018 de modo a introduzir no sistema as alterações necessárias para que a aplicação respondesse sem falhas no quadro de um aumento massivo da sua utilização, isto é, de um maior número de utilizadores e, portanto, de um aumento do volume de peças e documentos enviados.

Finalmente, do ponto de vista da comunicação, houve um esforço significativo de fazer chegar a todos os “utentes”, atuais e futuros, dos serviços do Tribunal a informação necessária para que a implementação da obrigatoriedade da aplicação e-Curia fosse possível.

Desde comunicados de imprensa – publicado no site da Curia, veiculado na conta do Twitter da instituição, e depois completado por uma animação no YouTube e acessível no site da Curia – a outras formas de divulgação da informação (que continua, aliás, disponível no site da instituição¹⁰), as sessões de informação várias, para além de comunicações feitas em conferências, encontros e sessões de trabalho, a disponibilização de informação sobre esta alteração foi não só atempada mas também massiva.

Por outro lado, dando-se particular atenção aos advogados e representantes das partes, com alguns meses de antecedência em relação à data da obrigatoriedade da utilização da aplicação, todas as notificações enviadas pelo Tribunal passaram a incluir a informação relativa à alteração das regras de envio de peças processuais e de notificações; foram enviadas cartas com todas essas informações aos 234 advogados de processos pendentes que não tinham conta de acesso e-Curia, assim como a todas as 28 Instituições, agências, organismos e gabinetes da União.

Este trabalho intenso de comunicação foi produtivo e eficiente, permitindo que a passagem para o sistema agora vigente tenha sido fácil e sem sobressaltos.

⁶ Modificações do Regulamento de Processo do Tribunal (JO 2018, L 240, p. 68).

⁷ Disposições Práticas de Execução do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, TG, acesso em 3 de junho de 2020, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-11/tra-doc-pt-div-t-0000-2018-201810283-05_02.pdf.

⁸ Modificações das disposições práticas de execução do Regulamento de processo do Tribunal (JO 2018, L 294, p. 23, retificado pelo JO 2018, L 296, p. 40).

⁹ As condições de utilização da aplicação e-Curia são comuns aos dois tribunais que compõem o Tribunal de Justiça da União Europeia e são adotadas pelos respetivos secretários nos termos do artigo 8.º, n.º 1 da já referida decisão do TG de 11 de julho de 2018 e da decisão do TJ de 16 de outubro de 2018, relativa ao depósito e à notificação de atos através da aplicação e-Curia (JO 2018, L 293, p. 37).

¹⁰ No que ao TG respeita: Secretaria, TG, acesso em 3 de junho de 2020, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7039/pt/.

3. O regime em vigor a partir de 1 de novembro de 2018

A partir de 1 de novembro de 2018 o regime regra é, pois, o do uso obrigatório da aplicação e-Curia como meio de transmissão de documentos e informação entre as partes e o Tribunal e como meio de notificação do Tribunal às partes.

As disposições mais relevantes nesta matéria são os artigos 56.º e 57.º do Regulamento que estabelecem o princípio bem como as suas exceções.

Secção 2-A. Da comunicação com os representantes das partes através da e-Curia

Artigo 56.º-A

e-Curia

- 1. Sem prejuízo dos casos previstos no artigo 57.º, n.º 2, no artigo 72.º, n.º 4, no artigo 80.º, n.º 1, no artigo 105.º, n.ºs 1 e 2, no artigo 147.º, n.º 6, no artigo 148.º, n.º 9, e no artigo 178.º, n.ºs 2 e 3, todos os atos processuais devem ser entregues e notificados através da e-Curia.*
- 2. As condições de entrega e de notificação de um ato processual através da e-Curia são precisadas em decisão adotada pelo Tribunal Geral. Esta decisão é publicada no Jornal Oficial da União Europeia.*
- 3. A utilização da e-Curia pressupõe a abertura de uma conta de acesso, nas condições enunciadas na decisão referida no n.º 2.*
- 4. Se um ato processual for entregue através da e-Curia antes da apresentação dos documentos comprovativos exigidos para validar a conta de acesso, essas peças devem dar entrada em formato papel na Secretaria do Tribunal no prazo de dez dias a contar da entrega do ato. Esse prazo não pode ser prorrogado e o artigo 60.º não é aplicável. Se os documentos comprovativos não forem recebidos no prazo fixado, o Tribunal Geral declara inadmissível o ato processual entregue através da e-Curia.*
- 5. Quando a utilização da e-Curia se revelar tecnicamente impossível e sem prejuízo da aplicação do artigo 45.º, segundo parágrafo, do Estatuto, um ato processual pode ser entregue ou notificado através de qualquer meio adequado disponível. As diligências a seguir nesse caso são precisadas na decisão prevista no n.º 2.*

Secção 3. Das notificações

Artigo 57.º

Modos de notificação

- 1. Sem prejuízo do artigo 80.º, n.º 1, do artigo 148.º, n.º 9, e do artigo 178.º, n.ºs 2 e 3, as notificações previstas pelo Estatuto e pelo presente regulamento são feitas pelo secretário através da e-Curia.*
- 2. Se, devido à natureza do ato, a notificação não puder ser feita segundo as modalidades previstas no n.º 1, é feita para o endereço do representante da parte, quer por envio postal registado, com aviso de receção, de uma cópia do ato a notificar, quer por entrega dessa cópia, contra recibo. O destinatário é informado através da e-Curia. Considera-se então que o destinatário recebeu um envio postal registado, no décimo dia subsequente à entrega desse envio numa estação de correios do lugar onde o Tribunal tem a sua sede, a menos que no aviso de receção esteja indicado que a receção ocorreu numa data diferente, ou que o destinatário informe o secretário, no prazo de três semanas a contar da informação, através da e-Curia, de que não recebeu a notificação.*
- 3. Sem prejuízo do artigo 72.º, n.º 4, as cópias do original a notificar em aplicação do n.º 2 são preparadas e autenticadas pelo secretário.*

3.1 A conta de acesso e-Curia

Essencial para utilização da aplicação é a abertura de uma conta de acesso e-Curia. Com efeito, quer para enviar peças e documentos, quer para receber notificações, é essencial a abertura de uma conta (artigo 56 A, n.º 2).

Os procedimentos para a abertura de uma conta, que são especificados

nas condições de utilização aprovadas pelo TG,¹¹ variam de acordo com o tipo de procedimento pretendido.

O procedimento comum, aplicável também no âmbito do envio de peças para o TJ, pressupõe a abertura prévia de uma conta de acesso e-Curia e da respetiva validação pela secretaria. Esta abertura faz-se através do envio, para a secretaria do TG ou do TJ, do formulário de abertura de conta acompanhado de vários documentos (pontos 10 a 12 das condições de utilização).

Assim, com o formulário de abertura de conta¹² devidamente preenchido e assinado, é necessário enviar uma cópia do cartão de identificação ou passaporte do representante/ agente/ advogado, bem como um documento de legitimação que ateste a capacidade de representação de um Estado-Membro, de uma instituição, órgão, serviço ou agência da União, de um Estado parte no Acordo sobre do Espaço Económico Europeu ou do Órgão de Fiscalização da EFTA, ou a autorização para exercer a sua atividade perante um tribunal de um Estado-Membro ou de outro Estado parte do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu.

Há também, apenas no que ao TG respeita, um procedimento específico pensado para as situações em que o representante da parte não dispõe ainda de conta de acesso e-Curia mas precisa de entregar uma peça ou documento com brevidade em virtude do término iminente do prazo que tem para o efeito e que permite a abertura de uma conta provisória (artigo 56.º, n.º 4). Para estas situações está também prevista a possibilidade de pedir online a abertura imediata de uma conta, sem intervenção prévia da secretaria, e proceder de seguida ao envio da peça ou documento em causa.

Nestes casos, após o envio em questão, o representante da parte tem de enviar em suporte de papel, no prazo de 10 dias, os documentos necessários referidos supra para que a conta de acesso e-Curia seja validada¹³. O não envio dentro do prazo dos referidos documentos acarreta a inadmissibilidade da peça ou dos documentos enviados.

3.2 As exceções à obrigatoriedade de utilização da aplicação e-Curia

Esta regra, tal como todas as outras, comporta exceções, pois foi necessário precaver as situações em que, por razões de ordem vária, pode não ser possível o recurso à aplicação e a inexistência de uma alternativa poria em causa o acesso ao Tribunal e, por essa via, o acesso à justiça. Tais exceções estão ligadas à natureza do ato ou do documento a enviar (artigos 57.º, 72.º e 105.º do Regulamento); à capacidade da parte que envia a peça ou que recebe a notificação (artigos 80.º, 147.º, 148.º e 178.º do Regulamento) ou a questões técnicas.

As exceções relacionadas com a natureza do ato ou o documento a enviar englobam:

- o envio de documentos considerados sensíveis: informações ou peças respeitantes à segurança da União ou de um dos seus Estados-Membros ou à condução das suas relações internacionais (artigo 105.º, n.º 1 e 2);
- o envio de documentos anexos a uma peça processual que pela sua própria natureza não possam ser entregues através da e-Curia (artigo 72.º, n.º 4);
- a notificação de atos que pela sua própria natureza não podem ser notificados por via eletrónica (artigo 57, n.º 2).

¹¹ Decisão de 11 de julho de 2018.

¹² Disponível no website do TJUE - <https://curia.europa.eu>.

¹³ Este prazo não é prorrogável e não se lhe aplica o prazo de dilação de distância de 10 dias previsto no artigo 60.º do Regulamento.

Por sua vez, as exceções relacionadas com a capacidade da parte que quer enviar o documento ou que tem de ser notificada pelo tribunal incluem:

- o pedido de assistência judiciária quando o requerente não é representado por um advogado (artigo 147.º, n.º 6);
- a notificação a demandados que não disponham de uma conta de acesso e-Curia (artigo 80.º, n.º 1);
- a notificação a requerentes de assistência judiciária que não sejam patrocinados por advogado (artigo 148.º, n.º 9);
- a notificação aos recorridos ou aos terceiros intervenientes no processo administrativo, nos casos dos recursos das decisões do EUIPO quando não disponham de uma conta de acesso e-Curia (artigo 178.º, n.º 2 e 3).

Finalmente, não podia deixar de estar prevista a possibilidade de, em virtude de uma impossibilidade técnica, o uso da aplicação e-Curia não ser possível, impossibilidade essa que cabe à parte alegar e demonstrar. Neste caso, quer o envio das peças ou documentos, quer a notificação a fazer pelo Tribunal podem ser realizados através de qualquer meio adequado disponível.

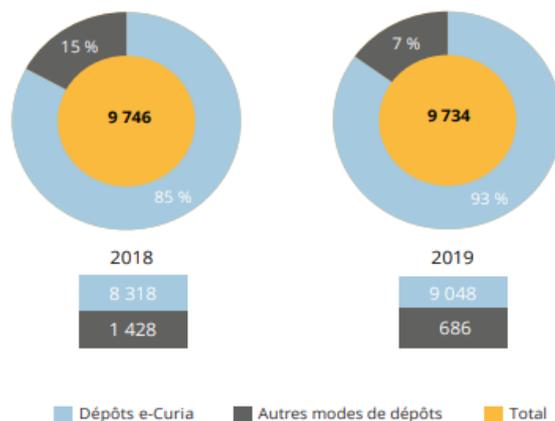
3.3 Balanço

Cerca de um ano e meio depois da entrada em vigor deste novo sistema o balanço é francamente positivo. Desde logo, o esforço feito com a divulgação atempada do novo sistema obrigatório permitiu que a transição do regime facultativo ao regime obrigatório não tivesse sobressaltos.

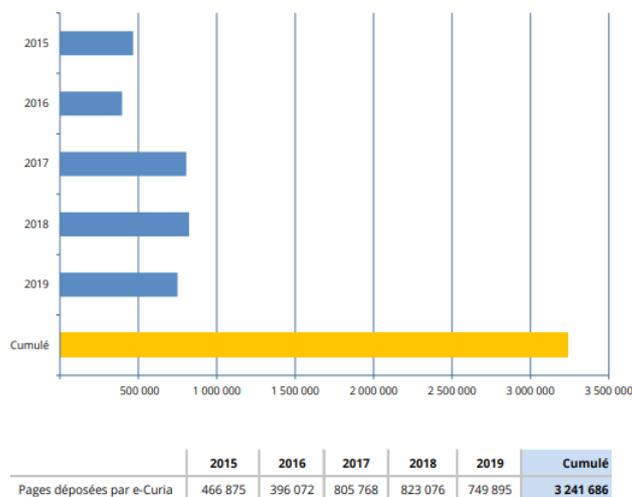
Com efeito, poucas foram as situações de “conflito”, tendo sigo geralmente bem aceite a obrigatoriedade do e-Curia, ao que não serão alheias as já apontadas vantagens da aplicação.

Acresce que a existência de um único meio de transmissão de dados entre as partes e o Tribunal permitiu introduzir uma dose de racionalização no tratamento dos atos do processo que aumentou a eficiência e eficácia do trabalho da secretaria. Basta pensar que deixou de ser necessário imprimir documentos, numerar documentos depositados em papel, tratar duas vezes os mesmos requerimentos quando enviados por fax e depois por correio, verificar a conformidade do original com o documento ou peça previamente enviado por fax, etc.

O gráfico que se segue permite-nos concluir que em 2019 apenas 7% das peças e documentos enviados para o Tribunal não o foram através da e-Curia, ou seja, 93% de toda a comunicação das partes com o Tribunal foi feita através da e-Curia. Repare-se que esta percentagem em 2013 era de 57%, em 2017, ano anterior ao ano em que se tornou obrigatória, de 83%.



Olhando para a evolução do volume de papel transmitido por esta via, verificamos que passámos de 266.048 folhas em 2013 para 749.895 folhas em 2019.



4. O futuro

Muito há ainda a fazer para tornar cada vez mais simples o acesso ao Tribunal e para aproximar o Tribunal das partes e dos seus representantes.

Desde logo há que tornar possível o envio das peças e documentos por outros formatos distintos do único possível neste momento que é o PDF. Importa trabalhar nos constrangimentos técnicos existentes e que impedem que as peças possam ser enviadas por outro formato (o objetivo é de permitir o envio por qualquer formato desde que editável e que garanta a integridade do conteúdo do documento).

Num segundo momento haverá que criar um modo de comunicação mais simples e eficiente entre o Tribunal e os representantes das partes. A criação de um “Portal das partes”, concebido como uma plataforma que permita por um lado enviar peças e documentos e por outro aceder a todas as informações relevantes relacionadas com os processos em que intervêm, exige um investimento significativo para assegurar a fiabilidade e a segurança do sistema¹⁴ – presentemente não existe sequer a assinatura digital – mas é essencial neste caminho da desmaterialização dos processos.

E aliás, é fundamental que assim seja. Com efeito, sendo o processo no TG um processo virtual, sabemos que é hoje possível, à semelhança do que sucede por exemplo em Portugal com o “Citius”, que os advogados não só enviem requerimentos, peças e documentos através da aplicação informática, mas também que consultem os processos em que intervêm. Esta possibilidade de consulta dos processos à distância tem inúmeras vantagens quer para as partes quer para o Tribunal como referido anteriormente, sendo também e sobretudo um passo enorme no sentido da transparência da justiça.

Numa terceira vertente, igualmente importante, há que trabalhar no sentido de permitir a realização das audiências sem a presença física de todos os intervenientes. Com efeito, no estado atual da técnica, é um pouco constrangedor que o TJUE não esteja equipado com os meios que permitam aos representantes das partes, aos intervenientes, às próprias partes, participar no julgamento à distância através de uma ligação de vídeo. A técnica existente, e muito desenvolvida nos últimos meses em razão da situação de crise sanitária que vivemos, permite apenas a participação à distância de um único interveniente.

Há, pois, um longo caminho ainda pela frente.

¹⁴ Desenvolvimento da assinatura digital, da criptografia e da certificação digital.

***Ubi jus, ubi remedium* – reflexões acerca do direito à ação judicial e do direito de indemnização contra o responsável pelo tratamento ou o subcontratante**

*Magda Cocco**
*Joana Neves***

1. Introdução

A entrada em vigor, em 2016, e posterior início da aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (doravante, “RGPD”),¹ desde maio de 2018, consubstanciou um passo essencial para a construção do Mercado Único Digital,² visando a “*facilitar a livre circulação de dados pessoais na União (...), assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção dos dados pessoais*”.³ Efetivamente, a preocupação com a privacidade e a segurança dos dados está cada vez mais na ordem do dia, atendendo às oportunidades de negócio de partilha de dados que têm surgido no âmbito da “nova economia” digital e dos dados (*data economy*).⁴

Em comparação com a Diretiva 95/46/CE,⁵ o RGPD apresenta a vantagem de ser obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros,^{6/7} não estando sujeito a medidas de receção no plano do direito

* Sócia responsável pela área de Comunicações, Proteção de Dados e Tecnologia | Vieira de Almeida e Associados, Sociedade de Advogados.

** Associada Coordenadora da Área de Contencioso e Arbitragem | Vieira de Almeida e Associados, Sociedade de Advogados.

¹ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril, 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).

² Cfr. Joana Covelo de Abreu, “O Mercado Único Digital e o seu desígnio político-constitucional: o impacto da Agenda Eletrónica Europeia nas soluções de interoperabilidade”, *UNIO EU Law Journal* 3,1 (2017): 130-150.

³ Cfr. Considerando 2 do RGPD.

⁴ Cfr. “The Rise of the Data Economy: Driving Value through Internet of Things Data Monetization. A Perspective for Chief Digital Officers and Chief Technology Officers”, Albert Opher et. al., acesso em 21 de abril de 2020, <https://www.ibm.com/downloads/cas/4JROLDQ7>.

⁵ Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁶ Cfr. Artigo 288º §2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”).

⁷ Cfr. Alessandra Silveira, *Princípios de Direito da União Europeia: Doutrina e Jurisprudência: Doutrina e Jurisprudência* (2.ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2011), 129 e ss.; “New Regulation on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft: Part A – Its relationship with national laws”, Marília Frias e Tiago Sérgio Cabral, acesso em 20 de abril de 2020, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5d28819f-b87f-4c68-9302-4b4c7179c121>; Tiago Sérgio Cabral, “Democracia, legitimidade e competência legislativa na União Europeia”, in *E-book UNIO/CONPEDI Vol. 2: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas*, coord. Alessandra Silveira (Braga: CEDU, 2018), 265-292.

interno. Promove-se, assim, “a aplicação coerente e homogénea das regras de defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”.⁸

Não obstante, para que seja alcançado o elevado nível de proteção dos dados pessoais visado pelo RGPD, não é suficiente o mero elenco de normas abstratas de conduta⁹ dos sujeitos jurídicos. De facto, tais normas carecem de uma aplicação coativa.¹⁰ Assim, e de acordo com o princípio *ubi jus, ibi remedium* (i.e., onde existe um direito, existe um remédio),¹¹ o RGPD reconhece igualmente o direito de ação judicial,¹² com vista à justa composição dos interesses dos sujeitos cujas respetivas esferas jurídicas tenham sido afetadas pela violação de regras ou de princípios de proteção de dados pessoais.

Ora, o presente estudo visa proceder a uma análise abrangente (ainda que não exaustiva) dos remédios jurídicos previstos no RGPD,¹³ com particular enfoque no direito de indemnização e no regime de responsabilidade civil em matéria de proteção de dados pessoais, sem prejuízo da análise de alguns aspetos práticos da ação judicial emergente do tratamento transfronteiriço e massificado de dados pessoais.

Para tal, foi adotada como metodologia a divisão sistemática da presente análise em três partes: (i) sujeitos da responsabilidade civil; (ii) pressupostos da responsabilidade civil; e (iii) direito de ação judicial.

2. Sujeitos da responsabilidade civil

2.1 Lesados

Postula o artigo 82.º, n.º 1 do RGPD o seguinte: “Qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos”.

Atendendo à expressão “qualquer pessoa que tenha sofrido danos”,¹⁴ tem-se colocado a questão de se saber se o legislador europeu pretendeu atribuir este direito de indemnização apenas ao titular dos dados, ou se são igualmente abrangidas outras pessoas cujas respetivas esferas jurídicas tenham sido afetadas.

Ora, ainda que o elemento literal seja o ponto de partida de interpretação, deve ser valorizado o elemento teleológico, bem como uma interpretação sistemática que tenha em consideração a unidade do sistema jurídico, o contexto e circunstâncias em que o preceito normativo é empregue e aplicado.¹⁵

⁸ Cfr. Considerando 10 do RGPD.

⁹ Cfr. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito* (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014), 270.

¹⁰ Cfr. José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*, (4.ª ed, Coimbra: Gestlegal, 2017), p. 14.

¹¹ Cfr. Gabriela Zanfir Fortuna, “Article 82. Right to compensation and liability”, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Christopher Kuner et al. (Oxford: Oxford University Press, 2020), 1162.

¹² Cfr. Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: “Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal (...)”.

¹³ De notar que o presente estudo centrar-se-á, primordialmente, nos litígios entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento e/ou o subcontratante, pelo que não se insere no âmbito da nossa análise o direito de reclamação a uma autoridade de controlo e o direito de ação judicial contra uma autoridade de controlo, previstos nos artigos 77.º e 78.º do RGPD.

¹⁴ De modo idêntico, o artigo 23.º, n.º 1 da Diretiva 95/46/CE prevê que tem direito à indemnização “qualquer pessoa que tiver sofrido um prejuízo”, e o artigo 33.º, n.º 1 da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (“Lei de Execução do RGPD”), estipula que goza de tal pretensão “[q]ualquer pessoa que tenha sofrido um dano”.

¹⁵ Cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, “A Interpretação dos Regulamentos Europeus e das Correspondentes

Neste sentido, a tese de que apenas os titulares dos dados gozam de tal pretensão fundamenta-se, sobretudo, na *ratio* de o RGPD tutelar o direito dos titulares à proteção dos seus dados pessoais¹⁶ e de as obrigações impostas aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes visarem proteger os interesses dos titulares de dados e não os interesses de terceiros.¹⁷

Mais ainda, o artigo 79.º, n.º 1 do RGPD estabelece que “*todos os titulares de dados têm direito à ação judicial se considerarem ter havido violação dos direitos que lhes assistem nos termos do presente regulamento*”, pelo que se afiguraria estranho que a legitimidade para formular um pedido de indemnização cível fosse mais ampla que a legitimidade para intentar uma ação em tribunal para o mesmo tipo de pretensão¹⁸.

Sem prejuízo dos argumentos supramencionados e das críticas apontadas ao legislador europeu, muitos autores¹⁹ consideram que o recurso ao mecanismo estatuído no artigo 82.º, n.º 1 do RGPD pode ser feito não apenas pelo titular dos dados, mas igualmente por outras pessoas que tenham sido lesadas.

Os principais argumentos prendem-se, primordialmente, com a inequívoca intenção do legislador europeu²⁰ em não recorrer à expressão “*qualquer titular de dados*”, quando já o fez para outros preceitos normativos do RGPD.

Além disso, a *ratio* do RGPD não se esgota na tutela dos direitos dos titulares de dados, visando também a proteção de direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares e a livre circulação de dados pessoais no território da União Europeia, nos termos do artigo 1.º, n.º 2 do RGPD, pelo que nada obstará à atribuição de um direito a indemnização a outras pessoas que não apenas o titular de dados.

Por fim, argumenta-se que esta solução não contraria o artigo 79.º, n.º 1 do RGPD, na medida em que nos encontramos perante dois planos distintos: por um lado, o artigo 82.º, n.º 1 do RGPD consiste numa norma de direito material que atribui a titularidade do direito a “qualquer pessoa” que tenha sofrido danos; por outro lado, o artigo 79.º, n.º 1 do RGPD é uma norma de direito adjetivo, que atribui legitimidade ativa processual aos “titulares dos dados”. Caso o lesado não coincida com o titular dos dados, os pressupostos processuais (*maxime*, a legitimidade ativa) serão aferidos à luz das normas internas do Estado-Membro competente para dirimir o litígio,²¹ mas tal

Leis de Execução: o Caso Paradigmático do RGPD e da Lei n.º 58/2019”, *RDTec*, 1,2 (2019): 184; Acórdão do TJUE de 27 de março de 1990, *Milk Marketing Board v. Cricket St. Thomas*, Processo C-372/88, ECLI:EU:C:1990:140; Acórdão do TJUE de 6 de outubro de 1982, *CILFIT v. Ministero della Sanità*, Processo C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335.

¹⁶ Cfr. Artigo 1.º, n.º 2 do RGPD.

¹⁷ Cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados. À luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019* (Coimbra: Almedina, 2020), 389.

¹⁸ De notar que o direito de ação judicial consagrado no artigo 79.º, n.º 1 do RGPD não estabelece apenas o direito de o titular dos dados pedir as providências de cessação ou atenuação da violação, como poderá igualmente abranger pretensões indemnizatórias ou de compensação pelos danos causados, sendo este nosso entendimento reforçado pela expressão “*effective judicial remedy*” que se encontra consagrada na versão em inglês do RGPD e pelo regime estatuído no artigo 80.º do RGPD para as ações representativas de direitos dos titulares dos dados (que desenvolveremos adiante). Neste sentido, cfr. Waltraut Kotschy, “Article 79. Right to an effective judicial remedy against a controller or processor”, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Christopher Kuner et al. (Oxford: Oxford University Press, 2020), 1139.

¹⁹ A título meramente exemplificativo, cfr. Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, 390 e ss.; Fortuna, “Article 82. Right to compensation and liability”, 1175.

²⁰ Assim como o legislador nacional, como já foi referido anteriormente a propósito do artigo 33.º, n.º 1 da Lei de Execução do RGPD.

²¹ Não obstante, note-se que, em matéria de competência nos litígios de responsabilidade civil, o

não afasta a aplicação do artigo 82.º do RGPD para aferir os pressupostos substantivos da pretensão indemnizatória.

Independentemente da solução adotada, consideramos infeliz o uso de diferentes expressões pelo legislador nesta sede. Efetivamente, são diversos os preceitos e considerandos que, neste contexto, ora aludem a “titulares dos dados”,²² ora recorrem à expressão “pessoas” ou outras similares,²³ suscitando, deste modo, uma panóplia de dúvidas interpretativas.

2.2 Responsável pelo tratamento

O responsável pelo tratamento²⁴ pode ser responsabilizado, nos termos do artigo 82.º, n.º 2 do RGPD, por danos causados por um tratamento que viole o RGPD e em que este tenha estado envolvido.

Antes de mais, cumpre esclarecer que o responsável pelo tratamento é quem exerce o controlo efetivo dos dados pessoais, devendo ser privilegiada a materialidade subjacente em detrimento do modo como as partes qualificam formalmente a relação jurídica.^{25/26}

Coloca-se, deste modo, a questão de se saber qual o grau de envolvimento do responsável pelo tratamento para que este possa ser responsabilizado nos termos do artigo 82.º, n.º 2 do RGPD.

Neste sentido, alguns autores²⁷ consideram que não é necessária uma intervenção nuclear ou decisiva do responsável pelo tratamento. Aliás, poder-se-ia ir mais longe e concluir que nem é necessário proceder a um juízo de censura da sua atuação, na medida em que este será sempre responsável pelo cumprimento dos princípios do RGPD e tem o dever de o comprovar a todo o tempo (princípio da *accountability*).²⁸ Por outras palavras, ao lidar com dados pessoais, o responsável pelo tratamento “*assume uma esfera de risco (...), devendo adotar as medidas de cuidado (...) no sentido de garantir a sua incolumidade. Não o fazendo, a primitiva esfera de responsabilidade (responsabilidade pelo outro, ou*

artigo 82.º, n.º 6 do RGPD remete o artigo 79.º, n.º 2 do RGPD, o qual estabelece como elementos de conexão o “estabelecimento” do responsável pelo tratamento ou do subcontratante ou, em alternativa, a “residência habitual” do titular dos dados (evidentemente, se o lesado não coincidir com o titular dos dados, a ação apenas poderá ser intentada no Estado-Membro onde se situe o “estabelecimento”).

²² Cfr. Artigos 77.º, n.º 1 (direito a reclamação a autoridade de controlo) e 79.º, n.º 1 (direito a ação judicial contra responsável pelo tratamento ou subcontratante); e Considerando 146 (“*na condição de ficar assegurada a indemnização integral e efetiva do titular dos dados pelos danos que tenha sofrido*”) do RGPD.

²³ Cfr. Artigos 78.º, n.º 1 (direito a ação judicial contra autoridade de controlo) e 82.º, n.º 1 (direito a indemnização e responsabilidade civil); e Considerandos 145 (“*No que diz respeito a ações intentadas contra o responsável pelo tratamento ou o subcontratante, o requerente...*”) e 146 (“*deverão reparar quaisquer danos de que alguém possa ser vítima*”) do RGPD.

²⁴ Cfr. Artigo 4.º, al. 7) do RGPD: “*pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais (...)*”.

²⁵ Cfr. “Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante”, Grupo de Trabalho do Artigo 29º, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169_pt.pdf, 20 e ss.

²⁶ As pessoas singulares nomeadas por empresas ou organismos públicos para a execução de operações de tratamento não são responsáveis pelo tratamento sendo, nesse caso, imputada a responsabilidade à pessoa coletiva, por ser quem determina os meios e as finalidades do tratamento. Cfr. “Parecer 1/2010 sobre os conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante”, Grupo de Trabalho do Artigo 29º, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169_pt.pdf, 20 e ss.

²⁷ Cfr. Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, p. 391.

²⁸ Cfr. Artigo 5.º, n.º 2 do RGPD.

pelos dados do outro) convola-se numa outra esfera, mais ampla, de responsabilidade, no sentido da liability (responsabilidade perante o outro)”.²⁹

Esta responsabilidade é afastada caso se comprove que o tratamento que viola normas do RGPD não é imputável ao sujeito em causa,³⁰ uma vez que, nesse caso, estaríamos fora da esfera de risco assumida por esse responsável pelo tratamento.^{31/32}

Por fim, pretendemos ainda ressaltar que não partilhamos a opinião dos autores que defendem a responsabilidade direta do encarregado de proteção de dados “*em face do titular dos dados, por violação dos deveres que lhe são impostos no quadro regulamentar*”,³³ não só porque a letra do artigo 82.º do RGPD remete exclusivamente para o responsável pelo tratamento e para o subcontratante, mas também por considerarmos não ser aplicável ao encarregado de proteção de dados a mesma lógica de assunção de esfera de risco que incumbe ao responsável pelo tratamento à luz do princípio da *accountability*.

2.3 Subcontratante

O subcontratante,³⁴ por sua vez, apenas responde, nos termos do artigo 82.º, n.º 2 do RGPD, “*se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do presente regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento*”.

Tal consubstancia uma inovação³⁵ do RGPD em relação ao artigo 23.º, n.º 1 da Diretiva 95/46/CE, que limitava a responsabilidade ao responsável pelo tratamento (“*tem o direito de receber do responsável pelo tratamento a reparação pelo prejuízo sofrido*”).

Primeiramente, cumpre esclarecer que as obrigações decorrentes do RGPD e que se dirigem especificamente aos subcontratantes apresentam natureza diversa. Por um lado, temos obrigações de meios, tais como a de aplicação de medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar um nível de segurança do tratamento adequado ao risco.³⁶ Por outro lado, o subcontratante também se encontra vinculado ao cumprimento de obrigações de resultado, tais como a de não proceder ao tratamento de dados pessoais aos quais tenha tido acesso, salvo por instrução do responsável pelo tratamento.³⁷

²⁹ Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, “Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil”, *Revista de Direito Comercial* (2018): 432.

³⁰ Cfr. Fortuna, “Article 82. Right to compensation and liability”, 1176.

³¹ Cfr. Artigo 82.º, n.º 3 do RGPD; e Artigo 33.º, n.º 2 da Lei de Execução do RGPD.

³² Esse afastamento poder-se-á verificar, sobretudo, nos casos em que temos dois ou mais responsáveis autónomos pelo tratamento, pois o tratamento violador de normas do RGPD apenas será imputável na esfera de risco de um dos responsáveis, liberando-se o outro da responsabilidade constante do artigo 82.º, n.º 2 do RGPD. Alguns autores, no entanto, verificam que tal pode não afastar, em certos casos, a possibilidade de se aplicarem as regras da responsabilidade do comitente, nos termos do artigo 500.º do Código Civil (“CC”). Neste sentido, cfr. Brendan Van Alsenoy, “Liability under EU Data Protection Law: From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation”, *JIPITEC* 7 (2016): 287; Barbosa, “Data controllers e data processors”, 450.

³³ Cfr. Barbosa, “Data controllers e data processors”.

³⁴ Cfr. Artigo 4.º, 8) do RGPD: “*uma pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, agência ou outro organismo que trate os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento destes*”.

³⁵ Esta alteração foi pacificamente acolhida, salvo pela Comissão da Indústria, da Investigação e da Energia, que se opôs a esta solução. Neste sentido, cfr. Parlamento Europeu, “Relatório sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral de Proteção de Dados)”, de 21 de novembro de 2013, 400.

³⁶ Cfr. Artigo 32.º, n.º 1 do RGPD.

³⁷ Cfr. Artigo 29.º do RGPD.

Esta distinção na natureza das obrigações do subcontratante influencia a imputação de responsabilidade ao mesmo,³⁸ nos termos do artigo 82.º, n.º 2 do RGPD. No caso das obrigações de meios, por exemplo, o subcontratante apenas terá de demonstrar que atuou diligentemente e que envidou os esforços necessários e adequados à obtenção do resultado pretendido, não tendo de assegurar a sua efetiva concretização.³⁹

Quanto à obrigação de cumprimento das instruções do responsável pelo tratamento, esta decorre do artigo 28.º, n.º 3, alínea a) do RGPD. Todavia, como ressalva o artigo 82.º, n.º 2 do RGPD, o subcontratante apenas será responsável se não cumprir as instruções lícitas do responsável pelo tratamento. Caso contrário, o subcontratante deve informar o responsável pelo tratamento que considera estar perante uma instrução ilícita⁴⁰ e, por conseguinte, deve recusar o seu acatamento.⁴¹

Por razões de primazia da materialidade subjacente, estabelece-se ainda que, caso o subcontratante, em violação do RGPD, determine as finalidades e os meios essenciais de tratamento, ser-lhe-á aplicado o regime do responsável pelo tratamento.⁴²

Por fim, cumpre averiguar qual o regime aplicável nas hipóteses em que o subcontratante contrata outro subcontratante para proceder a operações de tratamento por conta do responsável pelo tratamento.

Neste sentido, estabelece o artigo 28.º, n.º 4 do RGPD que se este último “*não cumprir as suas obrigações em matéria de proteção de dados, o subcontratante inicial continua a ser plenamente responsável, perante o responsável pelo tratamento, pelo cumprimento das obrigações desse outro subcontratante*”. A questão coloca-se, no entanto, pelo facto de o preceito normativo acima referido não prever expressamente a responsabilidade do subcontratante inicial perante o titular dos dados, mas apenas perante o responsável pelo tratamento.

Ainda assim, é nosso entendimento que também se deverá verificar, nessas situações, a responsabilidade do subcontratante inicial perante o titular dos dados,⁴³ por duas razões: (i) o dever geral de cuidado ao qual se encontra adstrito o subcontratante inicial; e (ii) a assunção do risco pelo subcontratante inicial, nos termos do artigo 28.º, n.º 4 do RGPD, implica a imputação do não cumprimento das obrigações do outro subcontratante na sua esfera jurídica, estando, assim, preenchida a previsão do artigo 82.º, n.º 2 do RGPD que legitima a responsabilidade civil do subcontratante inicial.

2.4 Solidariedade

Por fim, estabelece o artigo 82.º, n.º 4 do RGPD o seguinte: “*Quando mais do que um responsável pelo tratamento ou subcontratante, ou um responsável pelo tratamento e um subcontratante, estejam envolvidos no mesmo tratamento e sejam, nos termos dos n.ºs 2 e 3, responsáveis por eventuais danos causados pelo tratamento, cada responsável pelo tratamento ou subcontratante é responsável pela totalidade dos danos, a fim de assegurar a efetiva indemnização do titular dos dados*”.

Ou seja, o RGPD prevê um regime de solidariedade passiva pelos danos causados pelo tratamento,⁴⁴ o que significa que o lesado pode exigir de qualquer um dos corresponsáveis toda a prestação indemnizatória, independentemente da quota-

³⁸ Cfr. Van Alsenoy, “Liability under EU Data Protection Law”, 284.

³⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de junho de 2012, processo 2859/09.7TJLSB. L1-8, relator Ilídio Sacarrão Martins.

⁴⁰ Cfr. Artigo 28.º, n.º 3, *in fine* do RGPD.

⁴¹ Cfr. Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, 392.

⁴² Cfr. Artigo 28.º, n.º 10 do RGPD.

⁴³ Neste sentido, cfr. Van Alsenoy, “Liability under EU Data Protection Law”, 286-287.

⁴⁴ Esta solução do legislador coincide, deste modo, com o previsto no artigo 497.º, n.º 1 do CC: “*Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade*”.

parte do interpelado.⁴⁵ Para a aplicação deste regime, é requisito essencial estarmos perante uma responsabilidade conjunta⁴⁶ dos sujeitos em causa (“*envolvidos no mesmo tratamento*”).

Ora, a solidariedade passiva justifica-se atendendo ao princípio *favor creditoris*, sendo assim reforçadamente acautelada a posição jurídica do lesado⁴⁷ (*maxime*, do titular de dados), o qual poderá obter a satisfação do seu direito de crédito com maior facilidade.

Porém, o considerando 146 do RGPD prevê a seguinte hipótese: “*se os processos forem associados a um mesmo processo judicial, em conformidade com o direito dos Estados-Membros, a indemnização poderá ser repartida em função da responsabilidade que caiba a cada responsável pelo tratamento ou subcontratante pelos danos causados em virtude do tratamento efetuado (...)*”. Porventura, poder-se-á levantar a questão de se saber se tal consubstancia uma exceção à regra de solidariedade passiva. Se assim fosse, esse excerto nunca poderia ser interpretado no sentido de derogar preceitos de um ato normativo europeu, uma vez que os considerandos não têm valor vinculativo,⁴⁸ apenas podendo clarificar alguns aspetos do instrumento normativo.

Por fim, estabelece o artigo 82.º, n.º 5 do RGPD que o responsável pelo tratamento ou subcontratante que tenha procedido ao pagamento integral goza de direito de regresso⁴⁹ contra os corresponsáveis envolvidos no mesmo tratamento, na parte que a estes compete.

3. Pressupostos da responsabilidade civil

3.1 *Ilicitude*

A ilicitude é um pressuposto da responsabilidade civil e está associada a uma conduta contrária ao direito, seja por estarmos perante: (i) violação de um direito de outrem;⁵⁰ ou de (ii) violação de preceito de lei tendente à proteção de interesses alheios.⁵¹

Neste caso, a ilicitude advém da “violação do presente regulamento”, nos termos do artigo 82.º, n.º 1 do RGPD. Por sua vez, o artigo 23.º, n.º 1 da Diretiva 95/46/CE remetia a ilicitude para o “tratamento ilícito de dados” ou para “qualquer outro acto incompatível com as disposições nacionais de execução”. Em sentido semelhante, esclarece o Considerando 146 do RGPD que os “*tratamentos que violem o presente regulamento abrangem igualmente os que violem os atos delegados e de execução adotados nos termos do presente regulamento e o direito dos Estados-Membros que dê execução a regras do presente regulamento*”.

⁴⁵ No caso do regime de direito civil em Portugal, cfr. Artigo 519.º, n.º 1 do CC.

⁴⁶ Cfr. Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, 394; Fortuna, “Article 82. Right to compensation and liability”, 1176-1177.

⁴⁷ Cfr. Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, 395.

⁴⁸ Cfr. Acórdão do TJUE de 19 de novembro de 1998, *Nilsson*, Processo C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554; e Acórdão do TJUE de 27 de novembro de 2007, *C.*, Processo C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714. Tiago Sérgio Cabral, *AI Regulation in the European Union: Democratic Trends, Current Instruments and Future Initiatives* (Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2019), 159 e ss.

⁴⁹ Em Portugal, o direito de regresso opera nos termos do artigo 524.º do CC. No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, cfr. artigo 497.º, n.º 2 do CC.

⁵⁰ *In casu*, o direito à proteção de dados pessoais enquanto direito absoluto e a sua forte ligação com os direitos de personalidade (artigos 70.º e ss. do CC). Neste sentido, cfr. Mafalda Miranda Barbosa, “Proteção de dados e direitos de personalidade: uma relação de interioridade constitutiva. Os beneficiários da proteção e a responsabilidade civil”, *Estudos de Direito do Consumidor* 12 (2017): 163 e ss.

⁵¹ Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações* (12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016), 562.

Uma questão que se coloca é a de saber se as violações do RGPD que relevam em sede de responsabilidade civil são apenas as que advêm do tratamento de dados pessoais (“danos causados por um tratamento que viole o presente regulamento”)⁵² ou se o seu escopo é de âmbito mais alargado, abrangendo outras violações.

Tendencialmente, os autores⁵³ consideram que o artigo 82.º, n.º 1 do RGPD abrange qualquer tipo de violação do RGPD, nomeadamente “*violações de direitos, de obrigações ou de proibições legais que estejam indiretamente relacionadas com as atividades desenvolvidas pelos responsáveis e pelos subcontratantes*”. Foi, aliás, essa a interpretação adotada pelo Parlamento Europeu no âmbito das negociações tripartidas.⁵⁴

3.2 Culpa

A culpa consubstancia um juízo de censura formulado pelo Direito, relativamente à conduta ilícita do agente,⁵⁵ da qual resulta a imputação do facto ao sujeito prevaricador.

Como vimos anteriormente, a responsabilidade do responsável pelo tratamento, nos termos do artigo 82.º, n.º 2 do RGPD, não depende de uma intervenção nuclear ou decisiva, ou mesmo de uma conduta censurável, atendendo ao risco assumido pelo próprio, nos termos do princípio da *accountability* (artigo 5.º, n.º 2 do RGPD).

Neste contexto, cumpre atentar no disposto no artigo 82.º, n.º 3 do RGPD: “*O responsável pelo tratamento ou o subcontratante fica isento de responsabilidade nos termos do n.º 2, se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos*”. Ou seja, o agente tem o ónus de prova que o facto não lhe é imputável, presumindo-se ser responsável.

A dúvida é saber se estamos, então, perante uma presunção de culpa. Ora, se considerarmos que a culpa não é um pressuposto da responsabilidade civil do responsável pelo tratamento,⁵⁶ a prova da ausência de um juízo de censura sobre a sua conduta não será suficiente para afastar a responsabilidade do mesmo. Não obstante, a culpa está intrinsecamente associada à imputação de um facto ao agente, pelo que uma possível interpretação seria a de o artigo 82.º, n.º 3 do RGPD não estabelecer *apenas* uma presunção de culpa, pois esta, por si só, não teria efeito útil.

Neste sentido, alguns autores⁵⁷ reconduzem esta norma ao conceito de *faute* (i.e., “culpa-ilicitude”), de origem francesa, aplicado por alguma doutrina⁵⁸ e jurisprudência⁵⁹ em matéria de responsabilidade contratual.⁶⁰ Este pressuposto associar-se-ia à imputação de responsabilidade através de um juízo de censura não apenas sobre o agente em concreto, mas igualmente sobre o próprio facto.⁶¹ Por outras palavras, estaríamos perante uma presunção de culpa e de ilicitude.

⁵² Cfr. Artigo 82.º, n.º 2 do RGPD.

⁵³ Cfr. Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, 383.

⁵⁴ Conselho da União Europeia, “General Data Protection Regulation; Written debrief on Chapter VIII, doc. 13606/15”, de 30 de outubro de 2015, p. 3: “*The European Parliament asks to have a reference to ‘or of an action’ in Article 77(1) to have a broader scope. In order to avoid confusion with the term ‘processing’, the co-legislators tentatively agreed on a redrafting of this paragraph and refer to ‘an infringement of this Regulation’.*”

⁵⁵ Cfr. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 580.

⁵⁶ Cfr. Fortuna, “Article 82. Right to compensation and liability”, 1176.

⁵⁷ Cfr. Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, 394.

⁵⁸ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil* (vol. VIII, Coimbra: Almedina, 2016), 321 e ss.

⁵⁹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de abril de 2018, processo 753/16.4TBLSB. L1.S1, relator Fonseca Ramos.

⁶⁰ Cfr. Artigo 799.º, n.º 1 do CC.

⁶¹ Cfr. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 579.

Pelo contrário, alguns autores associam esta norma a uma inversão do ónus de prova da imputação ou donexo de causalidade,⁶² na medida em que se presume a ligação entre a conduta do agente e o dano provocado ao lesado.

Atendendo às elevadas dúvidas interpretativas, parece-nos que caberá, em última instância, aos órgãos jurisdicionais competentes proceder a uma interpretação deste preceito que seja conforme o direito da União Europeia.

3.3 Danos

O dano tende a ser definido como a supressão ou diminuição de uma situação favorável, reconhecida ou tutelada juridicamente.⁶³ O RGPD, por sua vez, não apresenta qualquer definição do conceito de “dano”, apesar de o artigo 23.º, n.º 1 da Diretiva 95/46/CE associar o mesmo a um “prejuízo” sofrido pelo lesado. Não obstante, o RGPD guia-nos no sentido de devermos adotar um conceito amplo de “dano”, à luz da jurisprudência europeia.⁶⁴

De acordo com a jurisprudência do TJUE,⁶⁵ o lesado tem direito a ser ressarcido não apenas pelos danos emergentes (i.e., os resultantes da frustração de uma vantagem já existente), mas também pelos lucros cessantes (i.e., os que advêm da não concretização de uma vantagem que, doutra forma, operaria),^{66/67} Todavia, a prática jurisprudencial tem verificado que a procedência das ações de indemnização por lucros cessantes tende a ser mais rara, atendendo a dificuldades a nível de prova.⁶⁸

Ademais, o TJUE tem decidido no sentido de atribuir ao lesado não só uma indemnização por danos patrimoniais, mas também por danos morais (sofrimento, angústia, discriminação, ansiedade, entre outros).⁶⁹ Aliás, tem sido neste sentido que se tem interpretado o artigo 82.º, n.º 1 do RGPD ao distinguir entre “danos materiais ou imateriais”.⁷⁰ Os *danos materiais* consubstanciam danos de natureza patrimonial, nomeadamente custos ou prejuízos económicos (e.g., alteração no valor do prémio do seguro decorrente do acesso ilícito a dados pessoais do titular), ao passo que os *danos imateriais* ligam-se com a vertente mais pessoal e de reserva da vida privada (e.g., ataque à honra ou mero decoro do titular dos dados).

⁶² Cfr. Barbosa, “Data controllers e data processors”, 449. Neste sentido, considera a autora que aquilo “que o preceito estabelece é a regra da inversão do ónus da prova da imputação (outrora dita causalidade), de tal modo que, havendo mais do que uma esfera de responsabilidade em relação a um mesmo conjunto de dados, relativamente ao qual se verifica um evento danoso, ambos são responsabilizados solidariamente, exceto se, no posterior cotejo de esferas de responsabilidade a que se processe, se perceba que a esfera de responsabilidade de um agente consome a do outro”.

⁶³ Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, 511.

⁶⁴ Cfr. Considerando 146 do RGPD.

⁶⁵ Cfr. Acórdão do TJUE de 6 de janeiro de 2004, *Mulder*, Processo C-104/89, ECLI:EU:C:2004:1; e Acórdão do TJUE de 19 de maio de 1992, *Mulder and Otto Heinemann*, Processo C-37/90, ECLI:EU:C:1992:217.

⁶⁶ Cfr. Adriano Vaz Serra, “Obrigação de indemnização (Colocação, Fontes, Conceito e espécies de dano, Nexo causal, Extensão do dever de indemnizar, Espécies de indemnização). Direito da abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 84 (1959): 5 e ss.

⁶⁷ O artigo 564.º, n.º 1 do CC distingue os danos emergentes dos lucros cessantes através das expressões “prejuízo causado” e “benefícios que o lesado deixou de obter”, respetivamente.

⁶⁸ Cfr. Paul Craig e Gráinne de Búrca, *EU Law, Texts, Cases and Materials* (6.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2015), 573.

⁶⁹ Acórdão do Tribunal Geral de 1 de fevereiro de 2017, *Kendrion*, Processo T-479/14, ECLI:EU:T:2017:48.

⁷⁰ Cfr. Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, 384.

3.4 Nexo de causalidade

Por fim, cumpre tecer algumas considerações relativamente ao nexo de causalidade, o qual consiste na ligação que deve existir entre o facto ilícito e o dano, i.e., o facto deve constituir causa do dano.⁷¹

Neste sentido, o RGPD estabelece que o direito à indemnização do lesado é “devido a”,⁷² “causado por”⁷³ ou “em virtude de”⁷⁴ uma violação do regulamento ou um tratamento ilícito de dados pessoais. Destarte, a pretensão indemnizatória tem como pressuposto que a conduta ilícita seja causa do dano na esfera jurídica do lesado.

De qualquer modo, questionamo-nos sobre o nexo causal, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, exige que o facto ilícito seja causa necessária do dano (*conditio sine qua non*), ou se é suficiente uma causa adequada ou provável.⁷⁵

Atendendo à diversidade de soluções legislativas na União Europeia em matéria de nexo de causalidade, a posição do TJUE tem sido a de remeter para o direito dos Estados-Membros a aplicação dos critérios de aferição do nexo de causalidade, respeitando os princípios da efetividade⁷⁶ e da equivalência.⁷⁷

Ora, parece-nos que o princípio da efetividade tenderá a afastar, na maioria dos Estados-Membros, a aplicação da teoria da causalidade necessária ou *conditio sine qua non*, na medida em que a mesma tenderá a dificultar a efetivação do direito à indemnização do lesado ou do titular dos dados. De notar, por sua vez, que o RGPD impõe o seguinte: “os titulares dos dados deverão ser integral e efetivamente indemnizados pelos danos que tenham sofrido”.⁷⁸

De qualquer modo, o TJUE não se tem pronunciado quanto aos critérios de determinação do nexo de causalidade, pelo que, à partida, os Estados-Membros gozam de autonomia para estabelecer o regime aplicável a este pressuposto. Portanto, nada impede que, numa lógica de equivalência de efetividade, os tribunais dos Estados-Membros apliquem a teoria da causalidade necessária, se tal resultar da ordem jurídica nacional.

4. Direito de ação judicial

4.1 O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva

O direito à tutela jurisdicional efetiva integra o leque de direitos fundamentais amplamente reconhecidos quer no direito europeu quer nos sistemas constitucionais dos Estados-Membros. O artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, “Carta”)⁷⁹ atribuiu a toda a pessoa cujos direitos e liberdades

⁷¹ Cfr. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 605.

⁷² Cfr. Artigo 82.º, n.º 1 do RGPD; e Artigo 33.º, n.º 1 da Lei de Execução do RGPD.

⁷³ Cfr. Artigo 82.º, n.º 2 do RGPD.

⁷⁴ Cfr. Considerando 146 do RGPD.

⁷⁵ Esta última doutrina – teoria da causalidade adequada – encontra-se, no nosso entender, consagrada no artigo 563.º do CC: “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

⁷⁶ As regras nacionais não podem tornar impossível ou excessivamente difícil a efetivação de um direito decorrente da ordem jurídica europeia.

⁷⁷ As regras nacionais não podem tratar de modo mais desfavorável um direito decorrente da ordem jurídica europeia por comparação a direitos decorrentes da ordem jurídica nacional.

⁷⁸ Cfr. Artigo 146º do RGPD.

⁷⁹ Cfr. Maria José Rangel de Mesquita, “Comentário ao artigo 47.º”, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, coord. Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (Coimbra: Almedina, 2013), 537-544.

garantidos pelo direito da União tenham sido violados o direito a uma ação perante um tribunal imparcial. Este direito foi igualmente consagrado nos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (doravante, “CEDH/LF”).⁸⁰

A efetividade do acesso à justiça exige que os Estados-Membros disponibilizem aos particulares um sistema de meios processuais e de vias de recurso que permita assegurar o respeito dos direitos que retiram da ordem jurídica comunitária.⁸¹ Como salientam Gomes Canotilho e Vital Moreira que “[o] princípio da efetividade postula, desde logo, a existência de tipos de ações ou recursos adequados (...), tipos de sentenças apropriados às pretensões de tutela deduzida em juízo e clareza quanto ao remédio ou ação à disposição do cidadão (...). A imposição constitucional da tutela jurisdicional efetiva impende, em primeiro lugar, sobre o legislador, que a deve tomar em consideração na organização dos tribunais e no recorte dos instrumentos processuais (...)”.⁸²

O princípio da efetividade implica, assim, uma abordagem unitária da relação entre direitos materiais e direitos processuais.

No sentido de incrementar a *efetividade da proteção de dados pessoais das pessoas singulares no contexto da União* e, em particular, da responsabilização das pessoas que intervenham no tratamento de dados,⁸³ o legislador europeu estabeleceu, nos artigos 79.º a 82.º do RGPD, um conjunto de normas reguladoras das vias judiciais destinadas a assegurar o cumprimento dos direitos e obrigações decorrentes do Regulamento, incluindo o direito ao ressarcimento de danos emergentes da violação deste.

Assim, estabelece o artigo 79.º do RGPD que o titular dos dados que considere ter havido violação do RGPD na sequência do tratamento dos seus dados pessoais tem direito à ação judicial contra o responsável pelo tratamento e/ou subcontratante. Na versão inglesa desta norma lê-se “*right to an effective judicial remedy*”, devendo interpretar-se à luz desse requisito de efetividade as referências na versão portuguesa a *ação judicial* (n.º 1) e *recurso* (n.º 2).

Tal direito de ação judicial é consagrado “*sem prejuízo de qualquer outra via de recurso administrativo ou extrajudicial, nomeadamente o direito de apresentar reclamação a uma autoridade de controlo, nos termos do artigo 77.º*”.⁸⁴ Esta ressalva tem levantado algumas dúvidas na doutrina especializada. Desde logo, coloca-se a questão de saber se os Estados-Membros podem fazer depender o exercício do direito de ação judicial do prévio esgotamento das vias administrativas junto da autoridade de controlo competente, nos termos dos artigos 77.º e 78.º do RGPD, havendo quem defenda que se mantém aplicável ao Regulamento a decisão do TJUE no caso *Puškar*, proferida no âmbito da Diretiva n.º 95/46/CE, no sentido de que uma tal imposição é compatível com o artigo 47.º da Carta, desde que as modalidades concretas de exercício das vias administrativas a esgotar

⁸⁰ Nos termos dos quais qualquer pessoa tem o direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

⁸¹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 25 de julho de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores v. Conselho da União Europeia*, C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:197 p. 39 e 41; Acórdão do TJUE de 27 de setembro de 2017, *Peter Puškar v. Slovenia*, C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, p. 56-59.

⁸² Cfr. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada* (4.ª ed., vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 408 e ss.

⁸³ Veja-se a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Proteção da privacidade num mundo interligado - Um quadro europeu de proteção de dados para o século XXI*, COM(2012) 9 final, 21.01.2012.

não afetem desproporcionadamente o direito a uma ação perante um tribunal, não podendo designadamente causar um atraso substancial à propositura de uma ação judicial nem importar despesas excessivas.^{84/85} Por outro lado, entendendo-se que daquela ressalva resulta que o direito de ação judicial não é prejudicado pelo recurso (prévio ou simultâneo) à reclamação junto da autoridade de controlo⁸⁶ e admitindo-se conseqüentemente a concorrência das duas vias – administrativa e judicial – poderão levantar-se dificuldades de articulação das ações paralelas que, não obstante a diferente natureza dos órgãos decisores em causa, são suscetíveis de criar riscos de contradição de julgados.⁸⁷

O exercício do direito de ação rege-se pelas normas processuais nacionais de cada Estado-Membro, no âmbito da sua autonomia, cabendo ao direito interno prever e regular os *remédios* admissíveis.⁸⁸ Para além do ressarcimento de danos,⁸⁹ estes podem nomeadamente visar a cessação ou proibição das violações, a apreciação da validade de atos ou mesmo tutela cautelar.⁹⁰

O direito à ação judicial pode ser individual (artigo 79.º) ou coletivamente (artigo 80.º) exercido, sendo atribuído a *todos os titulares de dados* (artigos 79.º, n.º 1 e 80.º, n.º 1). Diferentemente, como se viu, o *sujeito* do direito à indemnização por violação do RGPD é *qualquer pessoa* que tenha sofrido danos decorrentes dessa violação, o que, em nosso entender, inclui qualquer pessoa singular e não necessariamente apenas o titular dos dados (artigo 82.º, n.º 1 do RGPD). O âmbito subjetivo dos direitos substantivo e adjetivo aqui em causa parece, portanto, ser distinto. Todavia, e como mencionado anteriormente,⁹¹ não consideramos que tais soluções sejam necessariamente incompatíveis.

Na regulamentação dos instrumentos judiciais de proteção e de efetivação dos direitos dos titulares dos dados consagrados do RGPD, observa-se uma particular preocupação do legislador europeu de endereçar dois aspetos específicos da moderna circulação de dados pessoais no espaço europeu e do contencioso com ela relacionado.

Por um lado, a sua crescente ***dimensão transfronteiriça***, reconhecendo-se no Considerando 5 que a integração económica e social resultante do funcionamento do mercado interno provocou um aumento significativo dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais.

Por outro lado, o cada vez mais recorrente ***tratamento massivo*** de dados, reconhecendo-se no Considerando 6 que as novas tecnologias hoje disponíveis permitem às empresas privadas e às entidades públicas a utilização de dados pessoais numa escala sem precedentes.

Analisaremos individualmente cada um destes aspetos nos capítulos seguintes.

⁸⁴ Neste sentido, cfr. Kotschy, “Article 79. Right to an effective judicial remedy”, 1138 e 1139.

⁸⁵ Cfr. Acórdão do TJUE de 27 de setembro de 2017, *Peter Puškár v. Slovenia*, C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725

⁸⁶ Neste sentido, veja-se este o entendimento de Cristina Pimenta Coelho, “Artigo 79.º: Direito à ação judicial contra um responsável pelo tratamento ou um subcontratante”, in *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, coord. Alexandre Sousa Pinheiro et. al., (Coimbra: Almedina, 2018), 627.

⁸⁷ Veja-se mais abaixo a referência ao artigo 81.º do RGPD.

⁸⁸ Cfr. Kotschy, “Article 79. Right to an effective judicial remedy”, 1138.

⁸⁹ Cfr. Considerando 147.

⁹⁰ Refira-se adicionalmente que, de acordo com o Considerando 146, os mecanismos previstos no RGPD não prejudicam os pedidos de indemnização por danos provocados pela violação de outras regras do direito da União ou dos Estados-Membros.

⁹¹ Cfr. ponto 2.1., pp. 4-5.

4.2 A ação judicial emergente da circulação transfronteiriça de dados

No plano processual, dois aspetos específicos da circulação transfronteiriça de dados são diretamente endereçados pelo RGPD: a **competência internacional** dos tribunais dos Estados-Membros e o risco de **pendência de processos relacionados** em diferentes Estados-Membros.

No que respeita à competência internacional, o n.º 2 do artigo 79.º, do RGPD dispõe, inovatoriamente – na medida em que nada se dizia sobre esta matéria na Diretiva n.º 95/46/CE – que as ações contra os responsáveis pelo tratamento ou os subcontratantes podem ser propostas, à escolha do autor,⁹² num dos seguintes fóruns:⁹³

- Nos tribunais do Estado-Membro em que os responsáveis pelo tratamento ou os subcontratantes tenham *estabelecimento*, pressupondo este, à luz do Considerando 22, o exercício efetivo e real de uma atividade com base numa instalação estável, independentemente da forma jurídica adotada,⁹⁴ e distinguindo-se, por outro lado, da noção de estabelecimento principal prevista no n.º 16 do artigo 4.º e relevante para efeitos de determinação da competência das autoridades de controlo;⁹⁵ ou, em alternativa;
- Nos tribunais do Estado-Membro em que o titular dos dados tenha a sua *residência habitual*, salvo se o responsável pelo tratamento ou o subcontratante for uma autoridade de um Estado-Membro no exercício dos seus poderes públicos.

Esta norma constitui *lex specialis* que afasta as regras gerais de competência estabelecidas no Regulamento (EU) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (doravante “Regulamento Bruxelas I”).⁹⁶ Todavia, tem-se entendido que o Regulamento de Bruxelas I pode, ainda que residualmente, continuar a aplicar-se em matéria de proteção de dados se e quando não se mostre incompatível com o RGPD. Segundo alguns autores, as partes mantêm, nomeadamente, a possibilidade de afastar as regras de competência previstas no RGPD por convenção, ao abrigo e dentro das condicionantes estabelecidas no artigo 25.º do Regulamento de Bruxelas I.⁹⁷ Em qualquer caso, o Regulamento de Bruxelas I manterá plena aplicação no que respeita ao reconhecimento e execução das sentenças que vierem a ser proferidas em matéria de proteção de dados.

⁹² O Considerando 145 esclarece que se trata de uma opção do autor. Neste sentido, cfr. Marta Requejo Isidro, “Procedural Harmonization and Private Enforcement in the Area of Personal Data Protection”, Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series, 2019, 3 para. 3.2.

⁹³ Semelhante solução de competência alternativa é estabelecida no Regulamento de Bruxelas I para litígios com consumidores, como resulta do artigo 18.º, onde se estabelece que “[o] consumidor pode intentar uma ação contra a outra parte no contrato, quer nos tribunais do Estado-Membro onde estiver domiciliada essa parte, quer no tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio, independentemente do domicílio da outra parte”.

⁹⁴ Podendo tratar-se de uma sucursal quer de uma filial com personalidade jurídica.

⁹⁵ Cfr. Artigo 56.º do RGPD.

⁹⁶ Cfr. Considerando 147.

⁹⁷ Neste sentido veja-se Kotschy, “Article 79. Right to an effective judicial remedy”, p. 1140, citando alguma doutrina alemã.

Quanto ao risco de pendência de processos relacionados em diferentes Estados-Membros, o artigo 81.º do RGPD dispõe o seguinte:

Artigo 81.º

Suspensão do processo

1. Caso um tribunal de um Estado-Membro tenha informações sobre um processo pendente num tribunal de outro Estado-Membro, relativo ao mesmo assunto no que se refere às atividades de tratamento do mesmo responsável pelo tratamento ou subcontratante, deve contactar o referido tribunal desse outro Estado-Membro a fim de confirmar a existência de tal processo.
2. Caso esteja pendente num tribunal de outro Estado-Membro um processo relativo ao mesmo assunto no que se refere às atividades de tratamento do mesmo responsável pelo tratamento ou subcontratante, o tribunal onde a ação foi intentada em segundo lugar pode suspender o seu processo.
3. Caso o referido processo esteja pendente em primeira instância, o tribunal onde a ação foi intentada em segundo lugar pode igualmente declinar a sua competência, a pedido de uma das partes, se o órgão jurisdicional onde a ação foi intentada em primeiro lugar for competente para conhecer dos pedidos em questão e a sua lei permitir a respetiva apensação.

Esta norma visa harmonizar o direito aplicável nos Estados-Membros e promover uma maior uniformidade de julgados dentro do espaço europeu, relativamente a litígios sobre dados pessoais dispersos por diferentes Estados-Membros. O seu âmbito de aplicação não parece esgotar-se nos casos de litispendência,^{98/99} cuja verificação está, na aceção do Regulamento de Bruxelas I, dependente da existência a mesma causa de pedir e da intervenção das mesmas partes. Diferentemente, os mecanismos previstos no artigo 81.º do RGPD bastam-se com a existência de ações pendentes em diferentes Estados-Membros que envolvam o “mesmo responsável pelo tratamento ou subcontratante” (não se exigindo, portanto, coincidência dos autores) e cujo objeto incida sobre o “mesmo assunto”, o que alarga o espaço de harmonização e de uniformização de decisões.

Quer quanto ao seu objeto quer quanto às soluções preconizadas, o artigo 81.º do RGPD aproxima-se mais do regime previsto no Regulamento de Bruxelas I para as *ações conexas*.¹⁰⁰

⁹⁸ O Artigo 29º do Regulamento de Bruxelas I estabelece o seguinte: “1. Sem prejuízo do disposto no artigo 31.o, n.º 2, quando ações com a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de tribunais de diferentes Estados-Membros, qualquer tribunal que não seja o tribunal demandado em primeiro lugar deve suspender oficiosamente a instância até que seja estabelecida a competência do tribunal demandado em primeiro lugar. 2. Nos casos referidos no n.º 1, a pedido de um tribunal a que ação tenha sido submetida, qualquer outro tribunal demandado deve informar o primeiro tribunal, sem demora, da data em que ação lhe foi submetida nos termos do artigo 32.o. 3. Caso seja estabelecida a competência do tribunal demandado em primeiro lugar, o segundo tribunal deve declarar-se incompetente em favor daquele tribunal”.

⁹⁹ Diferente parece ser o entendimento de Cristina Pimenta Coelho, “Suspensão do processo”, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, coord. Alexandre Sousa Pinheiro et. al., (Coimbra: Almedina, 2018), 623, ao referir que o artigo 81.º trata de “situações de litispendência, ou seja, situações em que há identidade dos sujeitos, do pedido e da causa de pedir”.

¹⁰⁰ Artigo 30.º do Regulamento de Bruxelas I dispõe que: “1. Se estiverem pendentes ações conexas em tribunais de diferentes Estados-Membros, todos eles podem suspender a instância, com exceção do tribunal demandado em primeiro lugar. 2. Se a ação intentada no tribunal demandado em primeiro lugar estiver pendente em primeira instância, qualquer outro tribunal pode igualmente declarar-se incompetente, a pedido de uma das partes, se o tribunal demandado em primeiro lugar for competente para as ações em questão e a sua lei permitir a respetiva apensação. 3. Para efeitos do presente artigo, consideram-se conexas as ações ligadas entre si por um nexo tão estreito que haja interesse em que

Com efeito, caso o tribunal de um Estado-Membro tenha conhecimento da pendência noutro Estado-Membro de um processo relacionado – o que, via de regra, acontecerá por comunicação das partes em litígio – e confirmado tal circunstância junto desse tribunal, poderá adotar uma das seguintes soluções alternativas:

a) **Suspender** o seu processo, ficando a aguardar o desfecho da ação conexa intentada em primeiro lugar noutro Estado-Membro, podendo depois considerar na sua sentença a decisão que ali vier a ser proferida e a argumentação que a suporte, ainda que não esteja vinculado a ela.¹⁰¹ Neste caso, suspende-se o processo que tiver sido intentado em segundo lugar;

b) Declarar-se **incompetente** para que seja promovida a **apensação** do seu processo à ação conexa intentada em primeiro lugar noutro Estado-Membro. Neste caso, é o tribunal do processo que tiver sido intentado em segundo lugar que se declara incompetente. Esta solução, mais gravosa do que a mera suspensão do processo, depende da verificação das seguintes circunstâncias adicionais e cumulativas: i) o processo em causa encontrar-se ainda em primeira instância, ii) o tribunal onde foi intentada a primeira ação ter competência para conhecer dos pedidos em questão e iii) a lei aplicável no tribunal dessa segunda ação permitir a apensação de processos.

O uso do termo “pode” nos n.ºs 1 e 2 do artigo 81.º sugere que estas soluções são opcionais, não estando o tribunal obrigado a implementá-las. Por outro lado, a circunstância de no n.º 2 não se referir a necessidade de “pedido de uma das partes” levanta dúvidas sobre se a solução de suspensão do processo pode ser promovida *ex officio* pelo tribunal, questão que deverá ser aferida de acordo com o direito processual interno aplicável.¹⁰²

4.3 O exercício coletivo do direito de ação judicial – a ação popular em Portugal

Como se disse, o RGPD visou igualmente endereçar o hodierno tratamento massivo de dados bem como o consequente potencial de verificação de danos em larga escala decorrentes da violação do Regulamento. Um dos aspetos distintivos da tutela judicial efetiva, tal como delineada no RGPD, prende-se com o reforço da ação judicial coletiva. Com efeito, o RGPD foi discutido e aprovado no contexto de uma discussão promovida pela Comissão acerca do fortalecimento da tutela coletiva de direitos garantidos pela União.¹⁰³ Na sua Recomendação de 11 de junho de 2013 sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União (doravante “Recomendação”), a Comissão identificava a proteção de dados como um dos “domínios em que é importante a aplicação coerciva privada complementar de direitos concedidos pelo direito comunitário, sob a forma de mecanismos coletivos de reparação”.¹⁰⁴

sejam instruídas e julgadas em conjunto para evitar decisões eventualmente inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente”.

¹⁰¹ Cfr. Waltraut Kotschy, “Article 81. Suspension of proceedings”, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Christopher Kuner et al. (Oxford: Oxford University Press, 2020), 1155 e 1158.

¹⁰² Cfr. Kotschy, “Article 81. Suspension of proceedings”, 1158.

¹⁰³ Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013 sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União (2013/396/UE), *OJ L* 201, 27.7.2013, doravante “Recomendação”.

¹⁰⁴ Cfr. Considerando 7 da Recomendação.

Ora, o n.º 1 do artigo 80.º do RGPD veio reforçar essa tutela coletiva ao conferir ao titular de dados o direito de mandar um “organismo, organização ou associação” para, em seu nome, apresentar reclamação, exercer os direitos previstos nos artigos 77.º, 78.º e 79.º, e ainda exercer o direito indemnizatório previsto no artigo 82.º, se tal estiver previsto no direito do Estado-Membro. De acordo com o n.º 2 do mesmo artigo 80.º, os Estados-Membros poderão adicionalmente reconhecer a iniciativa processual daquelas entidades independentemente de mandato dos titulares dos dados.

A legitimidade destas entidades está dependente da verificação dos seguintes pressupostos cumulativos: i) não terem fins lucrativos, ii) estarem devidamente constituídas ao abrigo do direito de um (qualquer) Estado-Membro, iii) os respetivos objetivos estatutários serem do interesse público e iv) exercerem uma atividade que abranja a defesa dos direitos e liberdades.

Os demais pressupostos e aspetos processuais relativos às ações representativas a instaurar por estas entidades – como sejam a forma e o conteúdo do mandato, a possibilidade de agregação de interesses individuais ou a prossecução de interesses difusos ou coletivos, a possibilidade de dedução de pedidos indemnizatórios dos titulares dos dados, etc. – são deixados ao direito interno dos Estados-Membros. No entanto, neste campo da tutela coletiva, verificam-se significativas disparidades entre os países da UE, não obstante os esforços de harmonização encetados pela Comissão.¹⁰⁵

Em Portugal, o direito à tutela coletiva tem reconhecimento constitucional. O artigo 52.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”), consagra o direito de ação popular destinado a, entre outros, “promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural”.

Os casos e termos em que é conferido e pode ser exercido vêm regulados na Lei n.º 83/95, de 31 de agosto (doravante “Lei da Ação Popular”), que funciona como “o repositório das normas aplicáveis à acção popular em geral”,¹⁰⁶ independentemente do seu objeto, e fornece os princípios e regras gerais relativos à forma e processo aplicáveis (artigo 12.º), aos requisitos de legitimidade ativa das associações e fundações (artigo 3.º), à representação processual e aos efeitos do caso julgado (artigos 14.º, 15.º e 19.º), aos pedidos admissíveis (artigos 1.º, 22.º e 23.º), ao sistema probatório aplicável (artigo 17.º), recursos (artigo 18.º) e custas judiciais (artigo 20.º). Nos casos em que a Lei de Ação Popular é omissa, serão aplicadas as regras gerais de processo máxime as do Código de Processo Civil.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Cfr. Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu sobre a aplicação da Recomendação da Comissão, de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União (2013/396/UE), Bruxelas, 25.1.2018, COM(2018) 40 final.

¹⁰⁶ Cfr. José Lebre de Freitas, “A ação popular ao serviço do ambiente”, in *Ab uno ad omnes /75 anos da Coimbra Editora* (Coimbra: Coimbra Editora, 1998): 16. Sobre a ação popular *vide* José Robin de Andrade, *A Ação Popular no Direito Administrativo Português* (Coimbra: Coimbra Editora, 1967); Mariana Sotto Mayor, “O Direito de Acção Popular na Constituição da República Portuguesa”, *Documentação e Direito Comparado* 75/76 (1998): 239-278; Paulo Otero, “A ação popular: configuração e valor no actual direito português”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 59, 3 (1999); Miguel Teixeira de Sousa, “A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos”, *LEX* (2003) e José Eduardo Figueiredo Dias, “Os efeitos da sentença na Lei de ação popular”, *CEDOUA* 2, 1 (1999): 47-64.

¹⁰⁷ Artigo 12.º, n.º 2, da Lei da Ação Popular.

De salientar, com particular relevância para a aplicação dos artigos 80.º e 82.º do RGPD, que a ação popular abrange a tutela indemnizatória, não se restringindo, portanto, a ações inibitórias.

O direito de ação popular é atribuído a quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e a associações e fundações defensoras dos interesses previstos no n.º 3 do artigo 52.º da CRP, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda.

Por outro lado, a Lei da Ação Popular estabelece um regime de representação específico, em que o autor representa, por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses, exceto se estes exercerem o seu direito de autoexclusão. Com efeito, como traço distintivo no contexto europeu – onde a maioria dos Estados-Membros implementou um mecanismo de opt-in – o legislador português consagrou um esquema de opt-out, nos termos do qual os titulares dos direitos ou interesses em causa consideram-se automaticamente representados pelo autor e abrangidos pelo caso julgado da decisão que vier a ser proferida, a não ser que manifestem querer ficar excluídos da representação.

Ademais, o artigo 3.º da Lei da Ação Popular estabelece requisitos de legitimidade processual para as associações e fundações semelhantes – mas não integralmente idênticos – aos previstos no artigo 80.º do RGPD, o que exige ponderação na coordenação e aplicação das duas normas.¹⁰⁸

Destaca-se a este propósito o papel das associações de defesa dos consumidores em matéria de proteção de dados. Segundo o TJUE, em Acórdão proferido no conhecido caso *Fashion ID*, o artigo 80.º do RGPD autoriza expressamente os Estados-Membros a atribuírem às associações de defesa dos interesses dos consumidores¹⁰⁹ legitimidade para instaurarem ações representativas ou coletivas que tenham por objeto a violação de dados pessoais.¹¹⁰ Já no âmbito da Diretiva n.º 95/46/CE, que estabelecia a obrigação dos Estados-Membros de garantirem tutela judicial efetiva aos titulares do direito a indemnização por violação de dados pessoais, mas sem regularem ações representativas,¹¹¹ o TJUE havia esclarecido que os seus artigos 22.º a 24.¹¹²

¹⁰⁸ De acordo com o artigo 3.º da Lei da Ação Popular, constituem requisitos da legitimidade ativa das associações e fundações a) a personalidade jurídica, b) o incluírem expressamente nas suas atribuições ou nos seus objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de ação de que se trate, e c) não exercerem qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais.

¹⁰⁹ Como é o caso, em Portugal, da Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor – DECO.

¹¹⁰ Cfr. Acórdão do TJUE de 29 de julho de 2019, *Fashion ID GmbH & Co.KG v. Verbraucherzentrale NRW e V*, com a intervenção de Facebook Ireland Ltd, Processo C-40/17, em particular o parágrafo 43.

¹¹¹ Embora o artigo 28.º, n.º 4 da Diretiva atribuisse legitimidade a estas associações para apresentarem reclamações junto de uma autoridade de controlo em representação dos interessados, semelhante solução não estava prevista para ações judiciais, nomeadamente tendentes à obtenção de indemnizações por violação de dados pessoais.

¹¹² Os artigos 22.º a 24.º da Diretiva n.º 94/46/CE dispunham o seguinte: “Artigo 22º (Recursos): Sem prejuízo de quaisquer garantias gratuitas, nomeadamente por parte da autoridade de controlo referida no artigo 28º, previamente a um recurso contencioso, os Estados-membros estabelecerão que qualquer pessoa poderá recorrer judicialmente em caso de violação dos direitos garantidos pelas disposições nacionais aplicáveis ao tratamento em questão. Artigo 23º (Responsabilidade): 1. Os Estados-membros estabelecerão que qualquer pessoa que tiver sofrido um prejuízo devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer outro acto incompatível com as disposições nacionais de execução da presente Directiva tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a reparação pelo prejuízo sofrido. 2. O responsável pelo tratamento poderá ser parcial ou totalmente exonerado desta responsabilidade se provar que o facto que causou o dano lhe não é imputável. Artigo 24º (Sanções): Os Estados-membros tomarão as medidas adequadas para assegurar a plena aplicação das disposições da presente Directiva a determinarão, nomeadamente, as sanções a aplicar em caso de violação das disposições adoptadas nos termos da presente Directiva”.

deveriam ser interpretados no sentido de que não se opunham a uma regulamentação nacional que permitisse às associações de defesa dos interesses dos consumidores agirem judicialmente contra o autor de uma violação da proteção dos dados pessoais. E, efetivamente, a iniciativa judicial de associações para defesa de consumidores em matéria de proteção de dados tem-se intensificado em diversos Estados-Membros, como demonstram, em França, as ações coletivas instauradas pela UFC-Que Choir contra diversas empresas tecnológicas¹¹³ e, em Portugal, a ação popular recentemente intentada pela Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor-DECO contra o Facebook, em coordenação com associações de consumidores de Espanha, Itália e Bélgica, que promoveram semelhantes iniciativas judiciais nos respetivos países.¹¹⁴

5. Conclusão

Ao longo do presente estudo, fomos verificando que, em matéria de direito à ação judicial e de responsabilidade civil, o regime jurídico estatuído no RGPD levanta diversas dúvidas interpretativas e cujo impacto não podemos ignorar.

No plano do direito substantivo, o regime suscita dúvidas não apenas quanto aos seus destinatários, como também quanto à averiguação dos pressupostos da responsabilidade civil e aos aspetos probatórios. De um modo geral, parece-nos evidente que este regime se demonstra mais favorável à tutela dos direitos e interesses dos titulares de dados. Veja-se, a título exemplificativo, a regra de solidariedade obrigacional prevista no artigo 82.º, n.º 4 do RGPD, a qual permite que o lesado interpele um dos corresponsáveis para o pagamento integral da indemnização, facilitando a satisfação do seu direito de crédito.

Cumpre, todavia, proceder a uma análise cuidadosa dos impactos deste regime, sobretudo no contexto de uma economia globalizada e com relações sucessivamente mais complexas e sofisticadas entre os vários *players*. Neste sentido, afigura-se particularmente impactante a presunção de imputação de esferas de risco ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratante, sobretudo nos casos de responsabilidade por facto praticado por outrem (e.g., outro subcontratante ou um trabalhador/prestador de serviços).

No plano processual, concluímos que o legislador europeu se tem preocupado com dois aspetos: por um lado, a crescente dimensão transfronteiriça; por outro, o tratamento massificado de dados pessoais. Em particular, destacamos os problemas de interpretação suscitados pela articulação do RGPD com outros instrumentos normativos europeus em matéria de competência internacional e de litispendência (e.g., o Regulamento Bruxelas I *bis*), assim como o papel das associações de defesa de consumidores no âmbito de ações populares. Ainda que a jurisprudência do TJUE sobre estes temas seja escassa, é nossa opinião que, no contexto de uma economia de dados (*data economy*), os litígios sobre matérias de proteção de dados tornar-se-ão mais comuns, daí a essencialidade de uma boa compreensão do regime que procurámos analisar ao longo do presente estudo.

¹¹³ Gloria González Fuster, “Article 80. Representation of data subjects”, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Christopher Kuner et al. (Oxford: Oxford University Press, 2020), 1146, note 22.

¹¹⁴ Informação sobre esta ação in “Os dados estão lançados: exija a sua compensação.”, Deco Proteste, acesso em 15 de abril de 2020, <https://www.deco.proteste.pt/acoes-coletivas/os-meus-dados-sao-meus>.

O “Juiz artificial”: breves notas sobre a utilização de inteligência artificial pelos Tribunais e a sua relação com a legislação europeia de proteção de dados

*Tiago Sérgio Cabral**

1. Introdução

A expansão tecnológica e a capacidade de adaptação da justiça não correm, frequentemente, a velocidades paralelas. Tal é aplicável tanto ao fenómeno de regulação das novas tecnologias¹ como à implementação das mesmas com o fim de melhorar a aplicação de justiça. Se é certo que as novas tecnologias podem chocar com as regras regulatórias existentes, também o é que a legislação sobre estas matérias deve ser desenhada por forma a ser adaptável a novos fenómenos. Isto é, será preciso proteger os bens jurídicos essenciais, sem restringir a inovação.

Crescentemente o juiz será chamado a interpretar a lei de maneira a resolver desafiantes problemas relacionados com tecnologias novas e/ou emergentes. Com efeito, não serão raras as ocasiões em que o juiz terá de analisar, com base em princípios (perante a inexistência de regras), os efeitos de uma determinada tecnologia e servir como um filtro: permeável aos efeitos benéficos e que se encontram de acordo com os princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico, mas não aos efeitos nocivos que deverão ser limitados com a maior celeridade possível.

* Mestre em Direito da União Europeia pela Escola de Direito da Universidade do Minho | Vieira de Almeida e Associados.

¹ Veja-se, a título de exemplo, a constante evolução jurisprudencial da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, incluindo o célebre Acórdão *Google Spain*. O Tribunal de Justiça da União Europeia frequentemente conseguiu extrair soluções inovadoras deste instrumento legislativo cuja idade, quando finalmente substituído pelo RGPD, já ultrapassava os 20 anos. Cfr. Acórdão do TJUE de 13 de maio de 2014, *Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos*, Processo C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317; “Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on “Google Spain and inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” C-131/12”, WP29, acesso em 20 de março, 2020, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf; Tiago Sérgio Cabral, *AI Regulation in the European Union: Democratic Trends, Current Instruments and Future Initiatives* (Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2019), 150 e ss.; Alessandra Silveira e Tiago Sérgio Cabral, “Google v. CNIL: Is a new landmark judgment for personal data protection on the horizon?”, *UNIO EU Law Journal – The Official Blog*, 10.09.2019, <https://officialblogofunio.com/2019/09/10/editorial-of-september-2019/>; Ana Azurmendi, “Spain: The Right to Be Forgotten”, in *Privacy, Data Protection and Cybersecurity in Europe*, Wolf J. Schünemann e Max-Otto Baumann (Zug: Springer International Publishing AG, 2017), 17-30. Alessandro Mantelero, “The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the ‘right to be forgotten’”, *Computer Law & Security Review* 29, 3 (2013): 229-235; Ioannis Iglezakis, “The Right to Be Forgotten: A New Digital Right for Cyberspace”, *Cyberlaw* 1, 3 (2017): 67-79.

No entanto, os tribunais, “Casa da Justiça” também não estão (nem devem estar) imunes ao fenómeno tecnológico. Na aplicação da justiça haverá, naturalmente, efeitos benéficos que devem ser aceites e efeitos nocivos que devem ser rejeitados.

A Inteligência Artificial (doravante, “AI”) revela-se como uma tecnologia em rápida expansão e transversalmente promissora para a nossa sociedade. Como abaixo teremos a oportunidade de analisar, em alguns ordenamentos jurídicos, existem experiências com a implementação desta tecnologia no dia-a-dia dos tribunais. Neste contexto, até onde será a AI uma força positiva? E que regras jurídicas podem ajudar o juiz a decidir sobre a sua implementação?

Neste artigo procuraremos analisar a possibilidade de implementação de tecnologias de AI nos tribunais da União Europeia (doravante, “UE”) perante o regime de proteção de dados pessoais entre nós vigente e conhecido como um dos mais protetores dos cidadãos a nível mundial. Por naturais restrições a nível de extensão, o nosso artigo incidirá sobretudo na tomada de decisões efetivas através da AI e não tanto em utilizações acessórias, como seja a pesquisa e catalogação mais eficaz de jurisprudência². Adicionalmente, a relação com o regime de proteção de dados terá um foco particular na transparência e prestação de informação ao titular dos dados, assim como na sua proteção relativamente à tomada de decisões por algoritmos³. Naturalmente, o tema é mais rico que isto, razão pela qual fará sentido explorar outros trabalhos sobre o assunto (incluindo nossos) que poderão oferecer uma perspetiva mais geral desta matéria.

2. A questão do *bias* algorítmico nos tribunais

O *bias* algorítmico (ou discriminação algorítmica) é um fenómeno no qual o algoritmo produz resultados discriminatórios de forma reiterada. A origem destes resultados poderá estar no próprio algoritmo. No entanto, com grande frequência, e especialmente no contexto do *machine learning* será o reflexo dos dados utilizados no processo de “aprendizagem” do referido algoritmo.⁴ Este problema atingirá, sobretudo, cidadãos que fazem parte de grupos tradicionalmente mais desfavorecidos.

Este fenómeno tem sido detetado em aplicações relativamente diversas de AI como criação de *chatbots*, reconhecimento de indivíduos em fotografias ou recrutamento de colaboradores pelas empresas.⁵ Naturalmente, o *bias* algorítmico poderá ser particularmente nocivo caso venha a afetar ferramentas de AI utilizadas por tribunais, pelo que será preciso especial cautela tanto na sua elaboração/programação como na realização das auditorias/testes necessários a garantir o seu funcionamento adequado durante todo o período em que venham a ser implementadas.

² Uma área onde a AI até revela ser particularmente promissora.

³ Em bom rigor, o que será aplicado no nosso dia-a-dia será o modelo matemático que tem origem na utilização anterior de um determinado algoritmo num *dataset*. No entanto, neste artigo vamos utilizar uma definição lata de algoritmo que englobará todo o processo, incluindo a aprendizagem inicial através de *dataset* (*labelled* ou *unlabelled*) e a aplicação do modelo a situações do mundo real onde este fará uma determinada previsão.

⁴ Atualmente, o método mais popular, e possivelmente aquele com mais potencial, de desenvolvimento de AI é através da utilização do *machine learning*. A característica que define o *machine learning* é a capacidade da máquina de aprender por si próprio através dos dados que lhe são facultados ou que recolhe nas suas interações do dia-a-dia. Ainda que não as vamos explorar no contexto deste Artigo é pertinente ter em conta que dentro do *machine learning* existem diversas famílias com abordagens diferentes à criação de algoritmos de inteligência artificial. Vd. Pedro Domingos, *The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World* (New York: Basic Books, 2015); cap. V; Tiago Sérgio Cabral, *AI Regulation in the European Union*, 16 e ss.

⁵ Tiago Sérgio Cabral, *AI Regulation in the European Union*, 163 e ss.

Infelizmente, os primeiros indícios são preocupantes...

Nos Estados Unidos da América, algumas experiências de aplicação prática de ferramentas de AI em Tribunais levam a crer que a tecnologia pode ter limitações quando implementada no judiciário.

O Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (doravante, “COMPAS”) é uma ferramenta, baseada em AI e desenvolvida pela empresa Northpointe, Inc. Esta é já utilizada em diversos tribunais norte-americanos para “calcular” a probabilidade de reincidência de um arguido⁶. O processo funciona de maneira que, na aparência, é simples, mas na realidade tem subjacente um conjunto de desafios e aspetos de maior complexidade. Após a sua detenção, o arguido é submetido a um questionário COMPAS que, seguidamente é avaliado pelo programa informático. O sistema de AI contido no COMPAS vai classificar o arguido em 3 métricas: a) risco de reincidência; b) risco de reincidência violenta, e c) risco de não comparência em audiência de julgamento. A estas três métricas é atribuído um valor de 0 a 10, sendo que qualquer valor de 1 a 4 será considerado como “reduzido”, de 5 a 7 “médio” e de 7 a 10 “elevado”.

Naturalmente que a decisão final continua a ser do tribunal encarregado de analisar o caso concreto. No entanto, uma classificação numérica elevada na métrica relativa ao risco de falta de comparência em audiência de julgamento pode levar a uma decisão segundo a qual o arguido aguarda julgamento em prisão preventiva. Já uma classificação numérica elevada no que concerne ao risco de reincidência ou risco de reincidência violenta poderá afetar a concessão de liberdade condicional ao arguido. Na verdade, e tendo em conta que a classificação numérica atribuída pelo COMPAS já foi, no passado, citada aquando da definição da medida concreta da pena por juízes (ainda que não seja este o seu objetivo) pode mesmo argumentar-se que a referida pode também ser afetada pela decisão deste algoritmo.

Como explicado *supra*, sempre que um algoritmo possa influenciar a liberdade individual, este deve ser tratado com grandes cautelas. Se o dito algoritmo puder sofrer de um *bias*, a cautela deverá ser redobrada. No caso em concreto, este programa é de código fechado e, de acordo com os opositores da sua utilização, não estão disponíveis ferramentas adequadas para o auditar.

Um estudo de 2016, realizado pela ProPublica, chamou a atenção para o facto de os arguidos afrodescendentes serem avaliados pelo programa, frequentemente e incorretamente, como tendo uma probabilidade de reincidência elevada. A lógica, de acordo com a ProPublica, mostra-se invertida em relação aos arguidos caucasianos. De facto, os arguidos afrodescendentes seriam (erradamente) considerados pelo algoritmo como tendo maior probabilidade de vir a cometer um crime no futuro com quase o dobro da frequência (45% contra 23%). A estatística é semelhante no que se refere à reincidência violenta.

Com base nestes dados, a ProPublica considerou que o algoritmo tinha uma taxa de sucesso diminuta naquilo a que se propunha. A sua capacidade de prever a reincidência violenta ficaria nos 20% ao passo que no que concerne à reincidência no geral não ultrapassaria os 61%.

Naturalmente, podemos questionar-nos relativamente à compatibilidade deste tipo de soluções com os direitos fundamentais vigentes na tradição constitucional comum da UE, mormente a tutela jurisdicional efetiva. Adicionalmente deve haver

⁶ Incluindo em Broward County e nos estados de Nova York, Wisconsin, Florida e Califórnia.

lugar a um adequado escrutínio dos dados e métodos da ProPublica⁷. Contudo, num contexto em que os nossos algoritmos tendem a refletir os *datasets* (bases de dados) nos quais são baseados, e os *datasets* frequentemente refletem o historial do comportamento humano, consequentemente, quando o histórico comportamental do ser humano contiver discriminação, também os algoritmos a vão conter. Assim, a implementação não controlada e acrítica de algoritmos no processo judicial arrisca-se a perpetuar antigos erros e discriminações através da decisão da máquina.^{8/9}

O problema da discriminação algorítmica é transversal, acontece que o impacto na vida dos cidadãos será de natureza diferente, conforme a área da sua vida em que se manifestar. Diversos gigantes tecnológicas, de uma forma ou de outra, já sofreram os impactos deste tipo de “erros” nos seus algoritmos e, só com grande esforço os conseguiram minimizar (o que não é necessariamente o mesmo que eliminar). Não se antevê que o judiciário, com menores meios, venha a ter muito mais sucesso nesta demanda.

Acontece que através do judiciário, o impacto destas decisões poderá ferir a esfera mais basilar dos direitos dos cidadãos. Ainda que se admita que pode existir um impacto psicológico considerável quando alguém é inadequadamente catalogado numa fotografia por um algoritmo ou quando vê a sua honra ofendida por um e que o impacto possa ser bem mais que psicológico quando um algoritmo recusa um crédito a um indivíduo, nenhum destes se pode comparar ao dano causado pela a perda ou deterioração da tutela jurisdicional devido ao uso inadequado de algoritmos. No limite, esta última pode mesmo resultar na perda liberdade.¹⁰

3. A legislação de proteção de dados como ferramenta de proteção dos titulares dos dados

Atualmente, parece ser incontestável que a UE conta com o desenho legal mais avançado do mundo, no que concerne à proteção de dados pessoais. No que releva para este Artigo, três diplomas são especialmente importantes:

- a) O Regulamento 2016/679/UE 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 e que revoga a Diretiva 95/46/CE (doravante, “Regulamento Geral sobre a Proteção

⁷ A Northpointe discorda destas conclusões e não se encontra isolada nas suas conclusões. Cfr. “COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity”, William Dieterich, Christina Mendoza e Tim Brennan, acesso em 10 de janeiro, 2020, <https://assets.documentcloud.org/documents/2998391/ProPublica-Commentary-Final-070616.pdf>; “ProPublica’s COMPAS Data Revisited”, Matias Barenstein, acesso em 10 de janeiro, 2020 <https://arxiv.org/pdf/1906.04711.pdf>.

⁸ Cfr. “Machine Bias”, Julia Angwin et al., acesso em 10 de janeiro, 2020, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>; “Technical Response to Northpointe”, Jeff Larson e Julia Angwin, acesso em 10 de janeiro, 2020, <https://www.propublica.org/article/technical-response-to-northpointe>.

⁹ Cfr. Nizan Geslevich Packin e Yafit Lev Aretz, “Learning Algorithms and Discrimination”, in *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, eds. Woodrow Barfield and Ugo Pagallo (Cheltenham: Edgar Elgar Publishing, 2018), 88-113; Ronald Leenes e Silvia De Conca, “Artificial Intelligence and Privacy-AI Enters the House Through the Cloud”, in *Research Handbook on the Law of Artificial*, 280-306.

¹⁰ Tiago Sérgio Cabral, “Robotics and AI in the European Union: opportunities and challenges”, *UNIO - EU Law Journal*, 4, 2 (2018): 135-146; Tiago Sérgio Cabral e Francisco de Andrade, “Regulating liability for AI within the EU: Short introductory considerations”, *UNIO EU Law Journal – The Official Blog*, 25.10.2019, <https://officialblogofunio.com/2019/10/25/regulating-liability-for-ai-within-the-eu-short-introductory-considerations/>.

de Dados” ou “RGPD”);

b) A Diretiva 2016/680/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho (doravante, a “Diretiva 2016/680”) e;

c) O Regulamento 2018/1725/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados, e que revoga o Regulamento (CE) n.º 45/2001 e a Decisão n.º 1247/2002/CE (doravante, Regulamento 2018/1725/UE).

A relevância do Regulamento 2018/1725/UE prende-se, essencialmente, com o tratamento de dados nas operações do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, “TJUE”), uma vez que este regulamento se aplica ao tratamento de dados pelas diversas instituições, órgãos e organismos da UE. Com efeito, dadas as naturais restrições de espaço a que está adstrito este trabalho, não incidiremos profundamente neste normativo. No entanto, a sua lógica subjacente, princípios e normas refletem de perto as que estão contidas no RGPD, pelo que as nossas conclusões serão, em princípio, transponíveis ao exercício da função jurisdicional pelo TJUE.

O RGPD é, como está no próprio normativo, o regime geral e será aplicável a todos os dados tratados pelos tribunais nacionais, quando não exista um regime especial que o afaste. Quando exista regime especial, no que concerne aos tribunais, este será, em princípio, a Diretiva 2016/680/UE aplicável ao tratamento de dados pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e prevenção de ameaças à segurança pública. Na temática que serve de objeto a este Artigo, será aplicável, nomeadamente no contexto do tratamento de dados em processo penal.

Existem, em ambos os normativos *carve-outs* específicos aplicáveis aos tribunais, por exemplo, no que concerne à supervisão por autoridade administrativa independente quando os tribunais estejam a agir na sua função jurisdicional. Claro que nem sempre os tribunais estarão a agir nesta função e, mesmo quando estejam, há outros meios nos ordenamentos jurídicos nacionais e da UE para assegurar que esta decisão é sindicada.¹¹

Adicionalmente, será sempre preciso ter atenção aos atos nacionais de transposição da Diretiva 2016/680/EU¹² e às leis de execução nacional do RGPD.¹³

Não se olvide que o RGPD e a Diretiva 2016/680 foram negociados e votados em

¹¹ Deste logo em sede de recurso e/ou através de reenvio prejudicial para o TJUE. No entanto, para além disso pode o Estado ser condenado por violação do direito da UE ou podemos ter uma ação por incumprimento.

¹² Em Portugal, a Lei n.º 59/2019 de 8 de agosto, Lei n.º 34/2009, de 14 de julho e Lei n.º 30/2017 de 30 de maio.

¹³ Naturalmente, pela sua natureza de diretiva, a Diretiva 2016/680 necessita de ser transposta para o ordenamento jurídico dos Estados-Membros. Quanto ao RGPD, apesar de este ser diretamente aplicável, algumas das suas disposições dependem da emanação de ato jurídico nacional (como seja a garantia de que a autoridade de controlo dotada dos requisitos exigidos pelo RGPD). Igualmente, existem uma série de disposições nas quais o RGPD dá alguma liberdade aos Estados-Membros para moldar o regime às suas necessidades o que apenas poderá acontecer através de ato jurídico de origem nacional, como a idade a partir da qual o consentimento é válido no contexto do artigo 8.º do RGPD ou a imposição de condições adicionais no tratamento de dados genéticos, dados biométricos ou dados relativos à saúde.

O “Juiz artificial”: breves notas sobre a utilização de inteligência artificial pelos Tribunais e a sua relação com a legislação europeia de proteção de dados

pacote pelas instituições com poder legislativo da União Europeia. Destarte, partilham os mesmos princípios basilares e um conjunto de normas relevantes. Como veremos no decorrer deste escrito isto fará com que as soluções sejam, se não iguais, muito semelhantes no que concerne ao uso de algoritmos pelos tribunais.

4. A legislação de proteção de dados como ferramenta de proteção dos titulares dos dados: prestação de informação e decisões individuais automatizadas

4.1 O direito a não ficar sujeito a decisões individuais automatizadas

Tanto o RGDP como a Diretiva 2016/680 contam com normas relativas à proibição de um titular dos dados ficar sujeito a decisões tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.

Postula o artigo 22.º do RGPD que:

Artigo 22.º

Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis

1. O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.
2. O n.º 1 não se aplica se a decisão:
 - a) For necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento;
 - b) For autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados; ou
 - c) For baseada no consentimento explícito do titular dos dados.
3. Nos casos a que se referem o n.º 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão.
4. As decisões a que se refere o n.º 2 não se baseiam nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o artigo 9.º, n.º 1, a não ser que o n.º 2, alínea a) ou g), do mesmo artigo sejam aplicáveis e sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular.

Já, de acordo com o artigo 11.º da Diretiva 2016/680:

Artigo 11.º

Decisões individuais automatizadas

1. Os Estados-Membros preveem a proibição de decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produzam efeitos adversos na esfera jurídica do titular dos dados ou que o afetem de forma significativa, a menos que sejam autorizadas pelo direito da União ou do Estado-Membro ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito, e que o direito da União ou desse Estado-Membro preveja garantias adequadas dos direitos e liberdades do titular dos dados, pelo menos o direito de obter a intervenção humana do responsável pelo tratamento.
2. As decisões a que se refere o n.º 1 do presente artigo não se baseiam nas categorias especiais de

dados pessoais a que se refere o artigo 8.º, a não ser que sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular.

3. Em conformidade com o direito da União, são proibidas as definições de perfis que conduzam à discriminação de pessoas singulares com base nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o artigo 10.º.

Para perceber o impacto destas normas na utilização de algoritmos pelos tribunais, devemos primeiro procurar a densificação dos conceitos de decisões exclusivamente com base em tratamentos automatizados que produzam efeitos adversos na esfera jurídica do titular dos dados ou que o afetem de forma significativamente similar.

O nosso ponto de partida para encontrar alguns esclarecimentos sobre esta matéria serão as Orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29º (doravante, “GT29”) sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento 2016/679/UE.¹⁴

Diz-nos o GT29 que *“para que se considere haver uma intervenção humana [como tal não sendo a decisão completamente automatizada], o responsável pelo tratamento tem de garantir que qualquer supervisão da decisão seja relevante, e não um mero gesto simbólico. Essa supervisão deve ser levada a cabo por alguém com autoridade e competência para alterar a decisão e que, no âmbito da análise, deverá tomar em consideração todos os dados pertinentes”*.¹⁵ Com efeito, a leitura deve ser a de que a pessoa que está a supervisionar o algoritmo não deve ter só o poder de alterar a sua decisão, mas deve igualmente dominar o seu funcionamento de forma que lhe permita a deteção de erros. Aplicado aos tribunais, o juiz que utilize este tipo de ferramentas como auxiliar de decisão deveria sempre, não só, naturalmente, estar investido no poder de discordar da ferramenta, e ser dotado da “última palavra”, mas também deverá entender o funcionamento do algoritmo de maneira a que eventuais erros ou *bias* sejam detetados. No limite, o algoritmo poderá ser o piloto-automático, mas será o juiz a “comandar a aeronave”.

A questão interpretativa do que se deve considerar como decisões que afetem o titular dos dados significativamente de forma similar é bastante desafiante e dogmaticamente interessante. No entanto, para o tema que nos propomos a abordar não é particularmente pertinente uma vez que, na verdade, as decisões dos tribunais, por natureza, irão produzir efeitos diretamente na esfera jurídica do titular dos dados. Aliás, serão o exemplo paradigmático deste tipo de decisões. Veja-se pela proposta de definição do GT29 quando afirma que *“para haver efeitos jurídicos, é necessário que a decisão, tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, afecte os direitos legais de alguém, como, por exemplo, a liberdade de associação com outrem, de votar numa eleição ou de intentar acções judiciais. Um efeito jurídico pode igualmente verificar-se quando o estatuto jurídico de uma pessoa ou os seus direitos no âmbito de um contrato são afectados”*.

¹⁴ Sendo certo que as Orientações do Grupo de Trabalho do Artigo 29.º (atualmente o Comité Europeu de Protecção de Dados) não são vinculativas, estas representam a opinião partilhada das várias autoridades de controlo dentro da União Europeia. O TJUE tem tendência a adotar uma postura protetora dos direitos dos titulares dos dados na União Europeia quando chamado a pronunciar-se sobre este tipo de questões, parece-nos pouco provável que venha a sufragar uma interpretação menos restritiva que a do Comité.

¹⁵ “Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor””, WP29, acesso em 5 de abril, 2020, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2010/wp169_en.pdf; “Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679”, WP29, acesso em 5 de abril, 2020, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=49826; Paul Voigt e Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide* (Cham: Springer: 2018), 181 e ss.

O “Juiz artificial”: breves notas sobre a utilização de inteligência artificial pelos Tribunais e a sua relação com a legislação europeia de proteção de dados

Claro está que, como referimos existem exceções à própria exceção e, em ambos os normativos o tratamento por meios automatizados poderá ser autorizado pelo direito da União ou pelo direito nacional ao qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito. Destarte, poderia um Estado-Membro, sem mais, emanar uma lei que permitisse o uso de AI nos mesmo molde que o exemplo norte-americano exemplificado acima, ou mesmo para produção de decisões dos tribunais?

A resposta é um redondo “não”.

Qualquer um dos diplomas prevê a necessidade de salvaguardas/garantias adequadas aos direitos, liberdades e interesses legítimos do titular dos dados, primeiramente através do direito a obter intervenção humana. Naturalmente, o que se pretende é uma intervenção efetiva, que possa servir para colmatar as eventuais imperfeições da máquina. Neste contexto o GT29 já nos disse que *“qualquer revisão tem de ser levada a cabo por alguém com a devida autoridade e competência para alterar a decisão. O revisor deve realizar uma avaliação exaustiva de todos os dados pertinentes, incluindo quaisquer informações adicionais transmitidas pelo titular dos dados”*. De novo aqui se coloca a necessidade da pessoa que revê ter um conhecimento adequado não só do funcionamento da máquina como também da matéria sobre o qual incidirá a decisão.

Sendo certo que o RGPD opta por não incluir uma referência expressa à faculdade de obter intervenção humana quando o tratamento dos dados seja baseado em direito da União ou do Estado-Membro (não coberto pelo artigo 22.º, n.º 3), também não é menos certo que tal não deverá ser visto como um sinal de omissão deste direito quando perante este tipo de tratamentos de dados. De facto, o Considerando 71 – ainda que tendo os Considerandos eficácia meramente interpretativa¹⁶ – deste diploma contém este requisito e não distingue entre as várias alíneas do artigo 22.º, n.º 2 do RGPD. Adicionalmente, não existe uma razão atendível para submeter um tratamento mandatado pelo Estado (por lei) a um nível de escrutínio menor que aquele que deriva

¹⁶ Nos termos do artigo 296.º do TFUE quando provenientes de fonte da UE *“os atos jurídicos são fundamentados e fazem referência às propostas, iniciativas, recomendações, pedidos ou pareceres previstos pelos Tratados”*. Nestes termos a existência de Considerandos é um requisito legal cuja omissão comina na invalidade do ato. Este requisito é aplicável a todos os atos que tenham como objetivo produzir efeitos jurídicos na esfera de terceiros. Ainda que resulte claro da jurisprudência do TJUE que os Considerandos não são vinculativos e que de nenhuma maneira podem ser utilizados para procurar a derrogação das disposições operativas quando a estas sejam contrários, como bem explicado pelo TJUE em *Casa Fleischhandels*, o Considerando *“pode permitir esclarecer a interpretação a dar a uma regra de direito”*. Já em *Giuseppe Manfredi* o TJUE afirma que o Considerando *“não pode ser invocado para interpretar [o ato] num sentido manifestamente contrário à sua redação”*. Poderá ser interpretado, que neste contexto, considera o TJUE que os Considerandos podem ser utilizados para interpretar o ato em todas as ocasiões em que não são **manifestamente contrários** à sua redação. No contexto do presente Artigo, nenhum dos Considerandos aqui analisados é manifestamente contrário à redação das normas a que se referem no regime de proteção de dados. Na verdade, estão em perfeita sintonia com aquela é que é a lógica subjacente aos instrumentos normativos, devendo assim ser adequadamente considerados no esforço de interpretação da norma. Cfr. “Complexity of EU law in the domestic implementing process”, Roberto Baratta, acesso em 2 de março, 2020, http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/seminars/20140703_baratta_speech.pdf; Roberto Baratta, “Complexity of EU Law in the Domestic Implementing Process”, *The Theory and Practice of Legislation* 2, 3 (2014): 293-308, Gianclaudio Malgieri e Giovanni Comandè, “Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law* 7, 4 (2017): 243-265; Tiago Sérgio Cabral, “Democracia, legitimidade e competência legislativa na União Europeia”, in *E-book UNIO/CONPEDI Vol. 2: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas*, coord. Alessandra Silveira (Braga: CEDU, 2018), 265-292.; Acórdão do TJUE de 25 de novembro de 1998, *Giuseppe Manfredi v. Regione Puglia*, Processo C-308/97, ECLI:EU:C:1998:566; Acórdão do TJUE de 13 de julho de 1989, *Casa Fleischhandels v. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, Processo 215/88, ECLI:EU:C:1989:331.

da vontade das partes. Em bom rigor e tendo em conta a relação de poder do Estado frente ao indivíduo, o contrário poderia ser argumentado. Por fim, vejamos que a omissão de certos direitos constantes do Considerando 71 como o direito de obter intervenção humana ou informação específica poderia inviabilizar por completo as hipóteses de o titular dos dados obter adequada sindicância das decisões tomadas por meios automatizados. Assim, devemos considerar que o direito a obter intervenção humana também aqui se encontra, sendo uma medida adequada para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados.¹⁷

Na Diretiva a mesma referência encontra-se no Considerando 18 e as conclusões não diferem. Dificilmente vemos o TJUE, com a sua posição tradicionalmente protetora dos titulares dos dados a considerar que estas duas faculdades não se enquadram no contexto de medidas/garantias adequadas. Acresce que os tratamentos dos dados sob a égide da Diretiva 2016/680 entra, tradicionalmente, numa esfera protegida por outras ferramentas jurídicas no âmbito nacional e na UE. A nível da União Europeia destaca-se o Título VI referente à justiça da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Em especial, os direitos de defesa do arguido, protegidos pelo artigo 48.º da Carta ficariam fortemente coartados pela negação da capacidade de manifestar o seu ponto de vista ou de contestar uma decisão puramente automatizada.

Um outro aspeto particularmente importante é a integração nestes artigos de um direito à informação que assiste o titular dos dados. No entanto, como no RGPD é possível ancorar este direito à informação em mais do que uma norma, optaremos por desenvolver esta questão no próximo ponto.

4.2 Da prestação de informação ao titular dos dados relativamente às decisões tomadas por AI

4.2.1 Dos artigos 13.º e 14.º do RGPD

No que concerne ao potencial uso de AI pelos Tribunais, as normas que governam o direito à informação contêm diferenças substanciais entre os dois diplomas.

Tanto o artigo 13.º, como o artigo 14.º do RGPD contêm normas com o requisito de que o responsável pelo tratamento deve informar o titular dos dados da “*existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, e, pelo menos nesses casos, [fornecer] informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados*”. O texto do artigo 13.º da Diretiva 2016/680 não foi dotado de uma norma equivalente. Com efeito, o n.º 3 deste artigo contém até uma possibilidade de *carve-out* que pode levar ao adiamento, limitação ou mesmo não prestação das informações aos titulares dos dados “*enquanto tais medidas constituírem medidas necessárias e proporcionadas numa sociedade democrática, tendo devidamente em conta os direitos fundamentais e os interesses legítimos das pessoas singulares em causa*”. Uma norma da mesma índole e que pode afetar também o direito à informação existe no artigo 23.º do RGPD, ainda que neste caso seja discutível se, pelo menos, a não prestação de informação por completo seria lícita no âmbito do RGPD.

Naturalmente, a interpretação mais adequada desta disposição será restritiva e apenas na medida do estritamente necessário para prossecução dos objetivos devidamente elencados na própria Diretiva ou, no caso do artigo 23.º do RGPD,

¹⁷ Andrew D. Selbst e Julia Powles, “Meaningful information and the right to explanation”, *International Data Privacy Law*, 7, 4 (2017): 233-242.

neste diploma. Adicionalmente, deverá também ser sindicável pelos Tribunais, incluindo, o TJUE.

No contexto do direito de acesso na Diretiva 2016/680 também não existe referência às decisões individuais automatizadas, de novo, em antítese com o RGPD.

Sobre a questão na ótica do RGPD, já anteriormente defendemos que, no computo geral e ao abrigo do direito à informação e acesso não basta fornecer informação sobre a funcionalidade do sistema ao abrigo, devendo também ser fornecida informação sobre a decisão específica que incide sobre aquele titular dos dados. Claro está que, sendo que a informação recolhida ao abrigo do artigo 13.º do RGPD deve ser providenciada ao titular dos dados antes de haver um tratamento automatizado, não poderá nesta fase incidir sobre a decisão específica. No entanto, esta limitação de ordem técnica não se aplica, por exemplo, à informação que deverá ser providenciada ao titular dos dados no âmbito do artigo 15.º.¹⁸

Noutras sedes dedicamos longas páginas a esta questão pelo que, para uma análise mais complexa, para aí remetemos. No entanto, deixamos alguns pontos para reflexão:

- Ainda que a informação, numa primeira fase, possa ser útil (ou *meaningful* em Inglês, língua na qual foi negociado o RGPD), sem necessariamente implicar a explicação da decisão específica, deve permitir ao titular dos dados perceber a base na qual será tomada a decisão sobre a sua pessoa.
- Numa segunda fase e após a decisão individual automatizada ter sido tomada, até para permitir ao titular exercer direitos que lhe são atribuídos pelo RGPD, incluindo aqueles que implicam o recurso à via judicial, uma informação sobre a decisão específica é essencial. Sem esta informação é impossível perceber, por exemplo, se a decisão tem carácter discriminatório o que constituiria uma violação dos princípios da licitude, lealdade e transparência.
- Neste sentido, a informação deve ser adaptada ao momento em que é prestada. Num contexto dinâmico como é aquele do tratamento de dados através de AI, isto quererá dizer, por exemplo, que a informação prestada ao abrigo do direito de acesso poderá divergir de que é prestada ao abrigo do direito à informação. Nomeadamente, no que concerne ao facto de no direito de acesso, por norma,

¹⁸ Nas suas *Guídelines* sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do RGPD no contexto da utilização da AI, a Autoridade de Controlo Espanhola, ainda que não optando por um posicionamento claro na questão da disponibilização de dados sobre o funcionamento do sistema ou sobre a decisão específica, refere um elenco mínimo de informação que considera que deve ser prestada, nomeadamente:

- a) “El detalle de los datos empleados para la toma de decisión, más allá de la categoría, y en particular información sobre los plazos de uso de los datos (su antigüedad).
- b) La importancia relativa que cada uno de ellos tiene en la toma de decisión.
- c) La calidad de los datos de entrenamiento y el tipo de patrones utilizados.
- d) Los perfiles realizados y sus implicaciones.
- e) Valores de precisión o error según la métrica adecuada para medir la bondad de la inferencia.
- f) La existencia o no de supervisión humana cualificada.
- g) La referencia a auditorías, especialmente sobre las posibles desviaciones de los resultados de las inferencias, así como la certificación o certificaciones realizadas sobre el sistema de IA. En el caso de sistemas adaptativos o evolutivos, la última auditoría realizada.
- h) En el caso de que el sistema IA contenga información de terceros identificables, la prohibición de tratar esa información sin legitimación y de las consecuencias de realizarlo.”

Cfr. “Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción”, AEPD, acesso em 20 de março, 2020, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>.

já poder ser possível prestar informação sobre a decisão específica.¹⁹

- A informação prestada não deve ser excessivamente complexa ao ponto de ininteligível pelo titular dos dados. O responsável pelo tratamento está onerado com a obrigação de conseguir explicar, de uma maneira perceptível para o titular médio, o funcionamento do algoritmo que utiliza.
- Quando o fundamento da licitude for o consentimento do titular dos dados, a prestação de informação de forma inadequada pode colocar em causa o próprio fundamento de licitude. O titular dos dados nunca poderá conceder um consentimento livre e informado sem perceber verdadeiramente o âmbito da decisão que será tomada e que terá efeitos relevantes na sua esfera de direito.²⁰
- O responsável pelo tratamento não precisa de disponibilizar o código fonte do programa ou outro tipo de informação que viole, por exemplo, os direitos de propriedade intelectual. No entanto, isto não os desonera da prestação de informação. Se, por um lado, o responsável pelo tratamento tem o direito a não ver os seus direitos diminuídos pelo regime de proteção de dados, também tem o dever de assegurar que está em condições de prestar uma explicação adequada ao titular dos dados, que preencha os requisitos legais.
- O Considerando 71 deve ser considerado como relevante, também quanto ao direito à informação.²¹

¹⁹ Nisto diverge a prestação de informação ao abrigo do artigo 13.º e artigo 14.º do RGPD. Enquanto ao abrigo do artigo 13.º, em princípio, nunca será possível a prestação de informação sobre a decisão específica (porque não foi tomada), o caso poderá não ser tão linear no artigo 14.º. Acresce que neste ponto discordamos do GT29 quando nas suas Orientações relativas às decisões individuais automatizadas parece demonstrar posição de que a informação prestada ao abrigo do direito de acesso deve ser idêntica à prestada ao abrigo do direito à informação.

²⁰ Cfr. “Guidelines on consent under Regulation 2016/679”, WP29, acesso em 6 de janeiro, 2020, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51030; “Guidelines on transparency under Regulation 2016/679”, WP29, acesso em 7 de janeiro, 2020, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51025; Lilian Edwards e Michael Veale, “Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ is Probably not the Remedy You are Looking For”, *Duke Law & Technology Review* 16, 1 (2017): 18-84; Gianclaudio Malgieri, “Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other ‘suitable safeguards’ in the national legislation”, *Computer Law & Security Review* (2019): no prelo; “European Union regulations on algorithmic decision-making and a ‘right to explanation’”, Bryce Goodman e Seth Flaxman, acesso em 17 de agosto, 2019, <https://arxiv.org/abs/1606.08813>; Sandra Wachter, Brent Mittelstadt e Chris Russell, “Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions And The GDPR”, *Harvard Journal of Law & Technology* 31, 2 (2018): 841-887; Mireille Hildebrandt, “Privacy as Protection of the Incomputable Self: From Agnostic to Agonistic Machine Learning”, *Forthcoming in Theoretical Inquiries of Law*, 19, 1 (2019): 83-122; “The Right to Explanation, Explained”, Margot E. Kaminski, <https://osf.io/preprints/lawarxiv/rgeus/download>; Gianclaudio Malgieri, “Trade Secrets v Personal Data: a possible solution for balancing rights”, *International Data Privacy Law* 6, 2 (2016): 102-116; Iakovina M. Kindyldi, *Smart Companies: Company & Board Members Liability in the Age of AI* (Dissertação de mestrado, Tilburg University, 2018), “Is there a right to explanation’ for machine learning in the GDPR?”, Andrew Burt, acesso em 17 de junho, 2019, “Artificial Intelligence and Privacy”, Datatilsynet, acesso em 15 de fevereiro, 2020; <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/english/ai-and-privacy.pdf>; A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados: à Luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019* (Coimbra: Almedina, 2020), 167 e ss. Deixamos uma especial referência a uma opinião que vai em sentido contrário à que aqui postulamos, considerando que apenas existe um direito a informação sobre a lógica do funcionamento do sistema: Sandra Wachter, Brent Mittelstadt e Luciano Floridi, “Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law* 7, 2 (2017): 79-99.

²¹ Cfr. Tiago Sérgio Cabral, *AI Regulation in the European Union*, 156 e ss.

4.2.2 Prestação de informação ao abrigo da Diretiva 2016/680

Concluídos pela necessidade de prestação de informação relativamente a decisões tomadas por algoritmos ao abrigo dos artigos 13.º e 14.º do RGPD, e perante a ausência de normas equivalentes na Diretiva 2016/680 será que não existirá, neste contexto, um direito à explicação das decisões tomadas por AI.

A questão não é assim tão linear. Na verdade, no âmbito do RGPD é imediatamente perceptível a existência de um direito à explicação no contexto das normas sobre o direito à informação. No entanto, isto não significa que a mesma conclusão não possa ser retirada, nomeadamente, das garantias/salvaguardas adequadas que têm de ser implementadas para proteger os direitos e interesses dos titulares dos dados no contexto das decisões individuais automatizadas e que também existem na Diretiva 2016/680.

De facto, a interpretação que considera a existência de um direito à explicação tanto relativamente ao funcionamento do sistema como à decisão específica como integrando, igualmente, os requerimentos legais ao abrigo do artigo 11.º da Diretiva e 22.º do RGPD parece apoiada no Considerando 18 da Diretiva e 71 do RGPD, assim como será a única que permite cumprir princípios base do direito à proteção de dados, como sejam a lealdade, licitude e transparência ou mesmo a minimização e limitação das finalidades.

Adicionalmente, não parece possível aos titulares dos dados sindicarem adequadamente uma decisão tomada por AI quando não tenham informação sobre esta. Sem ter o conhecimento necessário para exercer estes direitos o titular dos dados estaria numa posição em que formalmente até poderia contestar as decisões da máquina, mas factualmente só um número reduzido de especialistas na área teriam alguma chance de efetivamente exercer este direito. No fundo, existiria um direito formal com praticamente nenhuma reflexão material, o que não parece aceitável.²²

Como tal, a conclusão adequada é que, mesmo na Diretiva 2016/680 existe um direito à explicação que incide tanto sobre o funcionamento do sistema como sobre a decisão específica e ao qual os tribunais deverão estar particularmente atentos, tanto quando se encontrarem em posição de sindicarem ações por outras entidades envolvidas na prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, como quando estejam a sindicarem ações dos próprios tribunais.

²² Não vamos esquecer que perante o fenómeno conhecido como *black box AI* é frequente que nem os próprios programadores consigam perceber imediatamente os resultados inferidos pelo seu algoritmo. Neste ponto, as soluções tecnológicas como a *explainable AI (XAI)* podem revelar-se como particularmente relevantes para ultrapassar este desafio. Cfr. “Introducing AI Explainability 360”, Aleksandra Mojsilovic, acesso em 15 de outubro, 2019 <https://www.ibm.com/blogs/research/2019/08/ai-explainability-360/>; Liya Ding, “Human Knowledge in Constructing AI Systems - Neural Logic Networks Approach towards an Explainable AI”, *Procedia Computer Science*, 126 (2018): 1561–1570; “Designing Theory-Driven User-Centric Explainable AI”, Danding Wang et al., acesso em 15 de outubro, 2020, <https://www.ashrafabdul.com/pdf/xai-framework-preprint-chi2019.pdf>; “Explainable AI Driving business value through greater understanding”, Chris Oxborough et al., acesso em 15 de outubro, 2020, <https://www.pwc.co.uk/audit-assurance/assets/explainable-ai.pdf>; Robert R. Hoffman, Gary Klein e Shane T. Mueller, “Explaining Explanation For “Explainable AI”, *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society 2018 Annual Meeting* 62, 1 (2018): 197-201.

5. Conclusão

Atualmente, a União Europeia encontra-se a preparar e a discutir a implementação de um quadro regulatório específico que incida sobre o fenómeno da AI. Não obstante, na ausência deste, e provavelmente mesmo após a sua materialização, o regime de proteção de dados pessoais continuará a desempenhar um papel central em garantir o desenvolvimento desta tecnologia de forma compatível com os princípios orientadores do ordenamento jurídico da União. Com efeito, quer o regime geral consubstanciado no RGPD, quer o regime especial consubstanciado na Diretiva 2016/680 oferecem um conjunto de garantias dos direitos dos titulares dos dados que podem vir a revelar-se de importância central na análise da aplicação de tecnologias de AI pelos tribunais.

Nomeadamente, parece claro que no ordenamento jurídico da União Europeia, a utilização de IA pelos tribunais depende da implementação de fortes garantias a nível de transparência, assim como de ser providenciada ao titular dos dados informação, e mesmo uma explicação, que deve incidir tanto sobre o funcionamento do sistema como sobre a decisão tomada.

Adicionalmente, não parece aceitável que a máquina venha a ter a “última palavra” em relação a qualquer decisão que vá produzir efeitos jurídicos ou efeitos de natureza similar na esfera do titular dos dados, uma vez que a necessidade de intervenção humana é um requisito incontornável. Com efeito, esta intervenção também não poderá, como acima explicado, ser meramente cosmética, devendo o humano ter tanto o poder formal como a capacidade e conhecimento técnico para intervir.

Os tribunais devem estar particularmente atentos a indícios de *bias* algorítmico nas ferramentas que no futuro possam vir a ser utilizadas, de forma a proteger os titulares dos dados de quaisquer consequências negativas que pudessem advir devido a limitações a nível de programação ou de *datasets*.

Por fim, é sempre pertinente lembrar que, em caso de dúvida, o reenvio prejudicial para o TJUE poderá ser um meio adequado para o esclarecimento de questões controversas no âmbito de regime de proteção de dados e mesmo para alcançar a evolução deste por via jurisprudencial.

A justiça digital – uma perspectiva dos juízes

José Igreja Matos^{/**}*

1. A recente crise pandémica intensificou nitidamente a utilização pelo judiciário da denominada justiça digital.

Os desafios gigantescos colocados aos tribunais de todo mundo pelas regras de confinamento obrigatório implicaram a rápida definição de respostas que pudessem expressar o compromisso dos juízes face ao papel fundamental do sistema judicial enquanto garante dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

No contexto da Associação Europeia de Juízes (doravante, “AEJ”), a que presido, as prioridades definidas foram, desde o primeiro momento, de solidariedade para com os nossos concidadãos, de firme compromisso para com as inalienáveis funções de soberania adstritas aos tribunais, procurando perseverar os Princípios de Bangalore, mas também de partilha de boas práticas e “*guidelines*” judiciais num contexto de pandemia, em especial, atento o tema em análise, através da maximização dos recursos digitais disponíveis.

Assim, a opção tomada foi, desde a primeira hora, de promover, tanto quanto possível, a justiça digital de molde a mitigar o prejuízo decorrente da inevitável morosidade processual imposta pelo encerramento, ainda que parcial, dos tribunais.

Rapidamente foram encetados um conjunto de intercâmbios entre a AEJ e instituições de referência no panorama internacional. Assim, numa reunião alargada com a participação de diversas instituições internacionais, mantida em ambiente virtual e organizada pela OSCE (Organização para a Segurança e Cooperação na Europa), foi possível delinear um conjunto de iniciativas e propósitos.

Em nota breve, adende-se que o Conselho da Europa, através do CEPEJ¹, criou um web blogue para permitir a comparação das experiências e práticas dos países membros do CEPEJ na organização de emergência do funcionamento dos tribunais de modo a possibilitar aos países afetados uma melhor perceção das medidas adotadas. A própria AEJ, através da União Internacional de Magistrados², organização que congrega 92 associações de juízes, uma por país e representando os cinco continentes, na qual se integra a Associação Europeia de Juízes, enquanto grupo regional composto, por sua vez, por associações de 44 países, procurou sempre monitorizar as alterações ocorridas, partilhar boas-práticas, num contexto de inevitável fortalecimento da justiça digital, enquanto instrumento privilegiado de intervenção jurisdicional em tempos de pandemia.

* Por opção expressa do Autor, este texto segue as regras anteriores ao Acordo Ortográfico.

** Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto | Presidente da Associação Europeia dos Juízes.

¹ “Council of Europe European Commission for the efficiency of justice”, Conselho da Europa, acesso em 22 de maio de 2020, <https://www.coe.int/en/web/cepej>.

² “Página inicial” União Internacional de Magistrados, acesso em 22 de maio de 2020, www.iaj-uim.org.

Analisando a informação recolhida, comparando experiências, poder-se-ão extrair algumas interessantes conclusões preliminares, meramente perfunctórias e, naturalmente, de base puramente empírica.

Desde logo, constatam-se níveis muito diversos de utilização da justiça digital, consoante a evolução tecnológica dos judiciários dos países analisados, mas também em função das respectivas jurisdições.

Em termos gerais, a jurisdição cível revela uma proximidade maior com as novas tecnologias do que a jurisdição criminal e a justiça digital é sempre mais facilmente potenciada nos tribunais de recurso.

A explicação decorre das exigências de imediação, naturalmente menores nos tribunais superiores, em particular se vocacionados para apreciar e decidir sentenças já proferidas por outras instâncias, mas que resultam igualmente menos intensas na jurisdição cível e nos processos de jurisdição voluntária, particularmente em casos de ausência (ou diminuto) conflito, como acontece, nomeadamente, nos processos de cobrança de dívida.

No caso da jurisdição criminal, a intervenção usual de outras autoridades judiciárias, como os órgãos de polícia ou o Ministério Público, dificulta a implementação de um processo digital único, atenta a normal coexistência de diferentes plataformas informáticas; por comparação, o processo civil, como processo de partes, reconduz-se, a mais das vezes, apenas aos litigantes, representados por mandatário judicial certificado no sistema digital, e, obviamente, ao próprio tribunal.

Em tese geral, exprimindo uma opinião pessoal, pode defender-se que a justiça digital deve ser implementada, com foros de clara primazia, nas áreas concernentes às plataformas informáticas de partilha de informação e de comunicação entre os intervenientes jurisdicionais creditados – juízes, procuradores, advogados e oficiais de justiça – na medida em que, necessariamente, todos e cada um deles está vocacionado para o uso de tais ferramentas; ou seja, configura-se como possível a utilização intensiva, ao nível dos Estados Membros da União Europeia, de plataformas informáticas que comprovem a materialização dos atos das partes e dos magistrados (no caso português, presentemente, as plataforma Citius e Sitaf).

2. Todavia, a justiça digital, por força das medidas de isolamento ditadas para prevenir a propagação do Covid-19, conheceu ainda uma exponencial aceleração nos tempos recentes, não tanto ao nível destas plataformas, mas na realização de diligências à distância, com a utilização massiva de videoconferências (Webex, Zoom, Teams, etc.).

As videoconferências tornaram-se habituais nos tribunais superiores e são o principal instrumento utilizado para permitir que as sessões nas diferentes Salas (cíveis, criminais, laborais) possam decorrer através da presença remota dos diversos juízes intervenientes na preparação dos múltiplos acórdãos a proferir em sede recursal. A adaptação dos magistrados imposta pelas especialíssimas circunstâncias decorrentes do Covid-19 foi, também ela, extremamente rápida; poder-se-á deduzir que, mesmo num cenário de retorno à normalidade, muitos dos procedimentos de teletrabalho irão seguramente manter-se.

De todo modo, nas reflexões internacionais dos juízes, tem vindo a ser sublinhada a urgente necessidade de formação dos profissionais da justiça em termos de tecnologia informática, em particular no que concerne à disseminação das normas e protocolos internacionais vigentes; no caso de ligações vídeo recenseie-se, a este

nível e com particular interesse, o Guia de Boas Práticas, publicado pela Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado.

Na área das videoconferências e reuniões online, poderão distinguir-se três níveis distintos de atuação em função da natureza dos intervenientes.

Um primeiro nível, de maior aceitação por parte da comunidade judiciária, em particular dos juízes, diz respeito a reuniões remotas em que apenas intervêm os próprios magistrados judiciais.

O exemplo mais significativo serão as reuniões dos tribunais colectivos para discussão e deliberação; neste específico âmbito, em particular face aos condicionamentos impostos pelas medidas de confinamento, a utilização das ferramentas “home office” revelou-se extremamente útil e positiva, não colocando dúvidas substanciais ao nível da protecção dos direitos, liberdades e garantias das partes envolvidas. O mesmo poderá dizer-se de reuniões, no âmbito judicial ou extrajudicial, de advogados, enquanto representantes dos litigantes, entre eles. Neste segmento, as desvantagens situam-se apenas na qualidade das interações entre profissionais do mesmo ofício; nada substitui, obviamente, o contacto pessoal e a comunicação perde sempre com essa carência.

Um segundo nível diz respeito a conferências remotas, igualmente por vídeo-conferência, mantidas entre juízes, por um lado, e magistrados do Ministério Público, advogados ou oficiais de justiça, por outro. Está em causa aqui a realização de sessões, por exemplo, visando a conciliação das partes ou o saneamento do processo. Nestes casos, será até eventualmente possível a presença das partes envolvidas. Normalmente, não está em causa a produção de prova, designadamente testemunhal, ou mesmo a prática de qualquer ato que influa na delimitação final dos factos apurados.

Também neste patamar, em que os participantes são apenas os denominados “operadores judiciários”, se poderá aceitar, sem problemas de maior, um aprofundamento da utilização destas ferramentas digitais por parte da generalidade dos juízes envolvidos.

E resta, finalmente, uma terceira área a qual implica participação de intervenientes ocasionais ou casuísticos: testemunhas, peritos, partes depondo ao nível do apuramento dos factos, etc.

Neste segmento, os juízes, a par de outras profissões legais em particular os advogados, vêm exprimindo uma clara preocupação por força dos perigos atinentes com a garantia de um “*fair trial*”, em especial na jurisdição criminal, com as audiências visando a produção de prova ou quaisquer outras diligências, incluindo as conversas entre arguido e advogado, levadas a cabo à distância, com uso de tecnologia vídeo.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, “TEDH”) tem tomado posição relevante sobre estas matérias, podendo recensar-se um total de sete decisões que expressam a jurisprudência reiterada deste tribunal.

Assim, numa indagação recente, podemos elencar os seguintes sete arestos: Sakhnovskiy v. Rússia, 2 novembro 2010, Sakhnovskiy v. Rússia, 27 novembro 2018, Marcello Viola v. Itália - 5 outubro 2006, Vladimir Vasilyev v. Rússia - 10 janeiro 2012, Yevdokimov e Outros v. Rússia - 16 fevereiro 2016, Gorbunov e Gorbachev v. Rússia – 1 março 2016, Repahshkin v. Rússia - 16 dezembro 2010.

Analisado este acervo decisório, haverá algumas conclusões a reter. Desde logo, temos que, para o TEDH, a utilização de uma vídeo-conferência em contexto de produção de prova não é, por si só, incompatível com a noção de audiência justa e pública; todavia, há que assegurar que o arguido acompanhe efetivamente o processo

e que seja ouvido sem impedimentos técnicos, mantendo uma comunicação eficaz e absolutamente confidencial com o seu advogado (ver caso *Marcello Viola v. Itália*).

No caso *Gorbunov e Gorbachev v. Rússia*, as dúvidas fundadas sobre a confidencialidade da reunião arguido/advogado relativamente a um sistema de vídeo-conferência instalado e operado exclusivamente pelo Estado e a concomitante obrigatoriedade imposta ao arguido de que fosse este o único meio possível de comunicação tornaram, no entendimento do Tribunal, absolutamente legítima a recusa, ou temor, do arguido de discutir um caso com um advogado, designado pelo Estado, através de uma ligação não pessoal e privada. O TEDH também não descortinou razões imperiosas que possam justificar a decisão das autoridades de determinar a participação obrigatória do arguido apenas através de videoconferência, em lugar de assegurar a sua presença física na sala de audiências.

Donde, o Tribunal concluiu que o processo penal em causa violava o artigo 6º, nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem quando preceitua que “*qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente (...)*” em consonância com a especificação presente no nº 3 do mesmo artigo quando nomeadamente confere ao acusado, como mínimo, o direito de dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa.

Em termos pessoais, mas refletindo as preocupações recorrentes junto dos juízes europeus, diríamos que a realização de uma qualquer diligência que implique a produção de prova ou, numa perspetiva mais abrangente, a realização de quaisquer atos que contendam, direta ou indiretamente, com a defesa do arguido, ou a proteção da vítima, deve ter lugar de modo presencial, assegurando-se a exigida imediação.

As exceções devem ser livremente consentidas, não devendo as partes ser confrontadas com supostas “inevitabilidades”, como acontece quando apenas possam praticar um qualquer ato se e quando aceitem fazê-lo através de uma comunicação à distância. Em determinadas circunstâncias, particularmente quando o conflito inexistir ou seja reduzido, poderá aceitar-se uma maior flexibilidade na utilização das tecnologias de vídeo; de qualquer forma, no essencial, mantêm-se as fortes reservas, em particular no que concerne à produção de prova testemunhal, sem que seja garantida a imediação pelo tribunal.

Por exemplo, na jurisdição da família, em Inglaterra, face à crise do coronavírus, assiste-se hoje a uma campanha pública que alerta para as situações inaceitáveis em que são colocadas mulheres, fragilizadas, que enfrentam ações judiciais conducentes a uma eventual retirada dos seus filhos para colocação em famílias de acolhimento ou entrega para adoção e cujas audiências em tribunal são efetuadas apenas por telefone ou videochamada, ao invés de presencialmente.

E aqui entroncamos novamente num fator preocupante de risco. Subsiste uma dimensão relativa ao sopesamento dos factos pelos tribunais que torna imprescindível a imediação e deve conduzir ao afastamento, neste âmbito, dos tribunais remotos; aludimos à presença física das partes, testemunhas e intervenientes processuais junto do tribunal de modo a garantir um adequado percepcionamento da credibilidade dos depoimentos respectivos para efeitos de validação probatória.

Em contrapartida, constituirão domínios privilegiados de intervenção da justiça digital todos aqueles em que esteja em causa a utilização de plataformas informáticas que, substituindo, tanto quanto possível, a tramitação em papel, propicie a produção de prova documental e, em particular, abarque a extensa área da comunicação dos atos processuais, secundarizando a notificação por via postal, sempre que possível.

No contexto da União Europeia, ou da cooperação internacional, assume redobrado alcance o aprofundamento das virtualidades do contexto digital, atenta a possibilidade de recolha e partilha de informação que, doutro modo, apenas se obtém de forma extremamente morosa.

3. Parece-nos, porém, que esta abordagem convencional que vimos propondo à luz do que representam os “ambientes” conhecidos, institucionais, de funcionamento dos tribunais não esgota, longe disso, os parâmetros desta discussão sobre a justiça digital.

Como vem sublinhando enfaticamente o Professor Richard Susskind, o autor mais citado mundialmente sobre o futuro dos tribunais, a Justiça vive transformações profundas por força das tecnologias e estas serão seguramente imensas num futuro próximo.

Talvez que a forma mais estimulante de abordar esse futuro anunciado tenha a ver com um desafio estrutural que a todos interpela: a do acesso à justiça ou, dito de outro modo, o direito à tutela jurisdicional efetiva.

Actualmente, há mais pessoas no mundo com acesso à internet (mais de metade da humanidade está agora em linha) do que com acesso à Justiça. Este um facto incontornável.

Donde, nesta área determinante da tutela jurisdicional efectiva, perante as dificuldades da morosidade (em especial, na área cível) e dos diversos custos processuais fortemente inibidores de uma maior proximidade do cidadão com o seu sistema de justiça, a solução dos tribunais virtuais (ou tribunais “online”) parece permitir uma maior capacidade de intervenção da justiça pública com ductilidade e eficiência. Aliás, o aumento exponencial recente do uso da justiça digital a nível mundial pode ser abundantemente comprovado no sítio web onde se procura divulgar o recurso a estes “tribunais remotos” através do endereço: www.remotecourts.org.

Uma outra indicação positiva destas novas tecnologias decorre da oferta, aos cidadãos em geral, de respostas jurisdicionais, públicas e transparentes, que não confluem necessariamente para um “produto” final que se esgota com uma sentença judicial. Estes “tribunais remotos”, pelo seu desenho mais aberto e flexível, podem fornecer novos instrumentos que ajudem os cidadãos a compreender, de “*per se*”, a legislação pertinente e as diferentes opções disponíveis, nomeadamente através de resoluções amigáveis, de mecanismos de negociação, da decisão consensual a partir de perícia e da mediação, tudo isto não como uma alternativa ao sistema judicial público, mas como parte integrante do mesmo.

Esta nova dimensão permite ainda contrariar uma tendência recente de afirmação de um certo tipo de tribunais arbitrais assentes numa lógica potencialmente discriminatória. Como sublinhou o Relator Especial das Nações Unidas, Alfred-Maurice de Zayas, os mecanismos de arbitragem entre empresas e Estados, no âmbito da arbitragem internacional, vêm denotando graves “deficits” democráticos decorrentes do assumido segredo relativamente aos seus procedimentos e da tomada de decisões com ausência dos requisitos indispensáveis de transparência e independência, com o subsequente impacto negativo em matéria de direitos humanos. Precisamente a este propósito, Owen Fiss distingue três formas de independência judicial. A primeira implica que o juiz se afirme como independente dos litigantes; a segunda exige a sua autonomia individual e a terceira impõe que o magistrado se demarque da pressão das instituições políticas ou da opinião pública. Justamente com base nesta teoria, Fiss

argumenta que não se pode hoje definir a função judicial apenas como a que resolve conflitos. A tarefa primordial dos juízes seria a de conferir um sentido adequado aos valores e princípios públicos; também aqui, segundo Fiss, se agudizam as diferenças com os juízes-árbitros, pagos pelos litigantes e relutantes em publicitar as suas decisões.

Em particular na área cível, a digitalização dos tribunais e o apetrechamento por esta propiciado pode constituir, a curto prazo, um fator determinante para que empresas e cidadãos optem pelo serviço público de justiça, com as decorrentes garantias na consecução dos fins estruturantes da igualdade, publicidade e transparência.

4. Em 2017, no contexto da União Internacional de Magistrados, o tema das tecnologias da informação na jurisdição cível foi analisado por uma das suas Comissões de Estudos. Após análise das respostas a um questionário enviado a todas as associações nacionais de juízes, foram elencadas algumas conclusões.³

Julgamos interessante, atenta o elevado número de magistrados judiciais envolvidos neste estudo, partilhar as preocupações manifestadas relativamente aos limites da tecnologia no âmbito da atividade jurisdicional. Deste modo, após sublinhar-se que as tecnologias da informação em matéria de litígios cíveis, representam, indiscutivelmente, um instrumento útil para os juízes, alerta-se que a sua implementação e melhoria contínua apenas pode ser conseguida a partir do contributo directo e essencial do poder judicial o que implica, por exemplo, a sua participação ativa na estruturação da arquitetura digital aplicada nos tribunais, a obrigatoriedade de formação, inicial e contínua, e a disponibilização de recursos e apoio técnico adequados aos juízes.

Enfatiza-se a exigência de um particular cuidado na implementação da justiça digital de molde a garantir a integridade dos sistemas informáticos, tendo em conta os crescentes e sofisticados ataques aos tribunais com recurso à pirataria informática e os consequentes acessos indevidos ao sistema judicial por terceiros.

Um outro dado importante a reter tem a ver com os denunciados perigos que a utilização das tecnologias da informação pode implicar relativamente ao bem-estar físico e mental dos respetivos utilizadores.

Foi finalmente identificada a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, a utilização das tecnologias da informação conter o potencial para fragilizar a independência do poder judicial e o papel essencial do juiz; alude-se às situações detetadas em vários países de uma desmedida priorização da eficiência, em detrimento da qualidade da justiça administrada. Neste particular, sinaliza-se o excessivo enfoque, fortemente estimulado pelas ferramentas tecnológicas, na definição de objetivos quantitativos para aferição da resposta jurisdicional, em detrimento da ponderação de critérios qualitativos, orientados para as pessoas.

Na verdade, conforme procuramos detalhar na obra coletiva “Manual de Gestão Judicial”, a eficácia da justiça e a qualidade do seu exercício passam por uma administração judiciária que logre conciliar os princípios da independência e da imparcialidade com as responsabilidades dos magistrados, sobretudo no que respeita à gestão eficiente dos tribunais e à articulação de competências com os demais atores da justiça. Porém, todo este esforço comum só adquire pleno sentido se colocado ao serviço dos cidadãos com o intuito último de reforçar a confiança na justiça, elemento fulcral da sua legitimação.

³ A informação encontra-se disponível, em inglês, neste link: <https://www.iaj-uim.org/general-reports-and-conclusions-by-the-2nd-study-commission/>. Vd. “General Reports and Conclusions by the 2nd Study Commission”, União Internacional de Magistrados, acesso em 22 de maio de 2020, <https://www.iaj-uim.org/general-reports-and-conclusions-by-the-2nd-study-commission/>.

